Die

Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen.

Eine civilistische Abhandlung

vom

Assessor Dr. jur. Adolf Dedekind

in Wolfenbüttel.

Braunschweig,

Verlag von Friedrich Wreden.

1872.

Seinem geliebten Vater

dem Geh. Hofrath Professor Dr. jur.

Julius Levin Ulrich Dedekind

in Braunschweig

bei Gelegenheit seines 50jährigen Amtsjubiläums

am 26. April 1872

gewidmet.

Vorwort.

Der Verfasser hatte schon vor längeren Jahren bei Bearbeitung eines Rechtsfalles Veranlassung, sich specieller mit der Lehre von der Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen zu beschäftigen. So bahnbrechend für dieselbe die bekannte Abhandlung Francke's im 19. Bande des Archivs für die civilistische Praxis gewesen ist, so wenig erschöpfend will sie sein, und in einigen der bei jenem Rechtsfalle zu beantwortenden Fragen ließ den Verfasser die ganze ihm zugängliche Literatur in Stich. Die dadurch veranlaßte nähere Beschäftigung mit dem Quellenmateriale führte zur Ausarbeitung dieser Abhandlung, zu deren Publication sich indessen keine Gelegenheit fand. Wohl zehn Jahre später boten kurz nach einander zwei in diese Materie einschlagende Rechtsfälle zu wiederholter Beschäftigung mit derselben Anlaß. Die Literatur der Lehre hatte inzwischen, so weit der Verfasser sie zu übersehen vermochte, nur geringen Zuwachs erhalten, und eine eingehende Behandlung derselben nach allen ihren zum Theil sehr practischen Seiten hin fehlt auch heute noch.

So mag es denn verziehen werden, wenn das frohe Ereigniß, auf welches sich die Widmung bezieht, den Verfasser bewog, seinen frühern Versuch in etwas umgestaltetem Gewande zum Drucke zu befördern. Wenn er auch bemüht gewesen ist,

die neuere Literatur bei der vorgenommenen Ueberarbeitung möglichst vollständig zu berücksichtigen, so wird ihm doch Manches entgangen sein. Vor Allem aber verkennt er nicht, daß einzelne der von ihm in diesem bisher recht ungenügend angebauten Gebiete aufgestellten Ansichten der Prüfung durch Competentere sehr bedürftig sein mögen, und wird sich daran genügen lassen, wenn seine Arbeit hierzu Veranlassung geben sollte.

Wolfenbüttel, im April 1872.

Der Verfasser.

Inhalts-Verzeichniß.

§ 1.

Einleitung.

I.

Wer in seinen Ansprüchen an einen Nachlaß durch eine ungiltige letztwillige Verfügung des Erblassers (sei es ein förmliches Testament oder eine sonstige, auch mündliche Disposition, sei es ein Theil einer solchen) bedrohet ist, kann seine Rechte — mag es zu ihrer Durchführung erst der Beseitigung der entgegenstehenden Verfügung bedürfen oder nicht — auf sehr verschiedene Weise aufgeben oder verlieren. Er kann die ihm entweder auf Grund eines ältern giltigen Testamentes oder ab intestato deferirte Erbschaft repudiiren oder durch Abstention aufgeben, er kann speciell auf das ihm gegen die ungiltige Disposition zuständige Rechtsmittel verzichten, er kann durch Vertrag, insbesondere Vergleich seinen Ansprüchen zu Gunsten einer bestimmten Person, z. B. des im ungiltigen Testamente eingesetzten Erben, entsagen, er kann auch seine Rechte in Folge unbenutzten Ablaufes der zur Geltendmachung derselben gewährten Frist oder der Verjährungszeit der Klage verlieren.

Dieselbe Wirkung legt das Römische Recht aber unter Umständen auch der einseitigen Willenserklärung bei, welche wir die **Anerkennung** einer ungiltigen letztwilligen Verfügung nennen [1]).

Dieser Ausdruck ist indessen ein mehrdeutiger und bedarf in mehrfacher Beziehung der Begränzung.

1. Eine Anerkennung in dem hier in Betracht kommenden Sinne ist nämlich nur diejenige Willenserklärung, welche ersehen läßt, daß man einen letzten Willen zu **erfüllen** oder doch seiner Erfüllung nicht in den Weg zu treten beabsichtigt. Wir sprächen daher präciser von einer **Unterwerfung** unter einen letzten Willen.

1) Die Anerkennung einer Erbenqualität, welche nicht auf einem letzten Willen des Erblassers beruht, ist von unserer Untersuchung ausgeschlossen.

So gehört z. B. die in Bezug auf an sich ächte Dispositionen lediglich dahin abgegebene Erklärung, daß man sie als vom Testator herrührend anerkenne, nicht hierher, weil sie die Absicht, sie zu erfüllen, nicht erkennen läßt.

Ebenso wenig ist hierher zu rechnen die Anerkennung einer angeblichen letztwilligen Verfügung, von der man weiß, daß sie untergeschoben ist, indem eine solche Willensäußerung (gleichviel welche Motive und Zwecke sie hat, und ob sie überhaupt bindend abgegeben werden kann) der Beziehung auf einen wirklichen letzten Willen entbehrt (vgl. § 8).

Besteht ferner ein als Ganzes anfechtbarer letzter Wille aus mehreren Theilen (z. B. Testament und Codicill), so liegt eine Anerkennung des letzten Willens (namentlich da, wo jeder der mehreren Theile für den Berechtigten von Bedeutung ist) nur da vor, wo sich die Willenserklärung auf die Gesammtheit der Verfügungen oder den ausschließlich giltigen, weil neuern Theil derselben bezieht[2]).

Sind dagegen nur Theile eines letzten Willens ungiltig, bezw. anfechtbar, so kommt es auf die Anerkennung nicht des letzten Willens als eines Ganzen, sondern auf die Anerkennung speciell des ungiltigen Theiles der Disposition an, insofern erstere nicht auch ersehen läßt, daß die Verfügung in allen Theilen anerkannt werden solle.

2. Einer äußerlich diesen Erfordernissen genügenden Willenserklärung ist es sodann häufig nicht anzusehen, ob sie mit dem Bewußtsein erfolgt, daß der anerkannte letzte Wille anfechtbar, und zwar gerade von dem Sichunterwerfenden anfechtbar, oder ob derselbe der Meinung ist, daß er rechtsbeständig sei; es wird nicht selten zweifelhaft sein, ob der Anerkennende den letzten Willen, auf den sich seine Willensäußerung bezieht, wirklich (irrthümlich) als rechtsbeständig ansieht oder, obwohl er seine Ungiltigkeit kennt, doch als rechtsbeständig ansehen will.

Insofern die Rechtsquellen solchen Anerkennungsacten Wirkung, und zwar in der Richtung beilegen, daß durch sie die sonst zuständigen Rechtsmittel — hauptsächlich kommen in Betracht die hereditatis petitio, querela inofficiosi testamenti und bonorum possessio contra tabulas — verloren gehen, liegt es nach Analogie der Regeln über Willenserklärungen,

2) Wenn der Notherbe mit Rücksicht auf ein ihm im Testamente hinterlassenes Legat dieses anerkennt, oder der unter einer Bedingung im Testamente Freigelassene die Bedingung erfüllt, so ist eine Anerkennung des letzten Willens nicht vorhanden, wenn in Codicillen dem Notherben das Legat wieder entzogen, dem Sclaven die Freiheit pure ertheilt war, und sie dieses zur Zeit der Anerkennung nicht wußten (l. 12 § 2 D. de inoff. testam. 5. 2; l. 3 § 7 D. de cond. causa data 12. 4).

durch welche Rechte aufgegeben werden, nahe, anzunehmen, daß nur diejenige Unterwerfung unter einen ungiltigen letzten Willen eine solche Wirkung haben könne, welche mit dem Bewußtsein geschieht, daß man zur Anfechtung desselben befugt sei. Es wird sich aber ergeben, daß unter Umständen selbst die mit diesem Bewußtsein vorgenommene Anerkennung — nennen wir sie die ächte — nicht bindet, und unter Umständen selbst die ohne das Bewußtsein des eigenen entgegenstehenden Rechtes erfolgte Anerkennung — nennen wir eine solche die unächte — bindend ist.

3. Unter die Anerkennung in unserem Sinne fällt endlich nicht der Vertrag über streitige Erbrechte, welcher, wenn es sich um die Rechtsbeständigkeit einer letztwilligen Disposition handelt, allerdings nicht selten die vollständige oder theilweise Aufrechterhaltung (oder doch Erfüllung) einer solchen direct oder indirect zur Folge haben kann. Es handelt sich hier vielmehr lediglich um einen einseitigen Act des Berechtigten, welcher, um wirksam zu werden (wie andere Willenserklärungen im Gebiete des Erbrechts), einer Acceptation seitens einer andern Person nicht bedürftig ist [3]).

Dieser einseitige Act enthält allerdings implicite einen Verzicht auf bestimmte Rechte — wobei es jedoch gleichgiltig ist, ob damit auch, ökonomisch betrachtet, ein Vermögensverlust eintritt, da die durch die Anerkennung erlangten anderen Rechte vortheilhafter sein können. Charakteristisch für die Anerkennung ist aber, daß sie weder einen Verzicht schlechthin, noch (wenigstens zunächst) einen Verzicht speciell zu Gunsten einer bestimmten Person involvirt. Ihr Wesen besteht vielmehr in der Unterwerfung unter den letzten Willen eines Verstorbenen zum Zwecke der Aufrechterhaltung desselben, und hiergegen tritt die mittelbar eintretende

3) Vgl. die bei Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Aufl. S. 232 angeführten Worte Savigny's: „Nun gebe ich zu, daß es Fälle juristisch wirksamer Anerkennung giebt, in welchen weder ein Vertrag, noch eine Obligation erscheint, wie z. B. die Anerkennung eines unehelichen Kindes von Seiten des Vaters; die agnitio iudicii defuncti, wodurch die querela inofficiosi testamenti ausgeschlossen wird u. s. w." — Darüber, daß die Anerkennung nicht der Vertragsform, auch nicht der Acceptation durch den etwa Begünstigten bedarf, sind wohl alle Neueren einig (vgl. z. B. Fritz im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 8 S. 390; Elvers, allg. jurist. Zeitung Bd. 1 [1828] S. 362; Erk. des O. A. Gerichts zu Wolfenbüttel de 1834 bei Matthiae, Controv.-Lexikon, Erbrecht II. S. 157); während Einige (z. B. Windscheid, Pand. III. § 566 S. 98 ff.) darauf, ob die Anerkennung in Vertragsform auftritt oder nicht, im Anschluß an die Lehre vom Anerkennungsvertrage wohl zu viel Gewicht legen. — Von Aelteren finde ich bei Donell (Comm. absol. in Cod. sub l. 16 § 1. C. de testam. n. 3. 4 und sub l. 23 C. de fideicomm.) die merkwürdige Beschränkung der Anerkennung auf Prästirung von Legaten 2c. und auf Vornahme durch Stipulation.

Folge des Zuwendens von Vortheilen an dritte Personen in den Quellen völlig zurück. Endlich ist für den Begriff der Anerkennung das Motiv derselben (ob Pietät, ob Liberalität gegen einen Dritten, ob eigenes Interesse) zunächst gleichgiltig, obwohl der (in der Regel zu präsumirende) Fall, daß Pietät das Motiv zur Anerkennung sei, bei der Frage nach den Erfordernissen einer bindenden Anerkennung nicht ohne Bedeutung ist[4]).

II.

Bei der (von mir so genannten) ächten Anerkennung muß also ein Doppeltes zusammentreffen. Einmal eine Willenserklärung, welche äußerlich zu erkennen giebt, daß der letzte Wille, auf den sie sich bezieht, erfüllt, oder daß seiner Erfüllung nicht in den Weg getreten werden soll. Sodann das Bewußtsein, zur Anfechtung desselben, als eines ungiltigen, befugt zu sein.

Was das erste (äußere) Moment betrifft[5]), so wird die erforderliche Absicht auch da, wo sie nicht ausdrücklich zu erkennen gegeben wird, in der Regel ohne Weiteres daraus zu ersehen sein, daß die betreffende Willenserklärung in bestimmter Beziehung zu dem anfechtbaren letzten Willen steht. Die Willenserklärung kann also selbstverständlich in der ausdrücklichen

4) Die Natur der Anerkennung ungiltiger letzter Willen als eines selbstständigen Rechtsinstitutes mit besonderen Erfordernissen und Wirkungen wird nur zu häufig verkannt. Wenn z. B. Bähr a. a. O. S. 213 sagt: „Die Anerkennung der Erbberechtigung eines Andern von Seiten Desjenigen, welcher selbst zu der Erbschaft berufen ist, kann, wenn sie im Bewußtsein der eigenen Berufung zur Erbschaft geschieht, als Erbschaftsausschlagung, und wenn sie speciell zu Gunsten des als Erben Anerkannten erfolgt, sogar als schenk- oder vergleichsweise bewirkte Ueberlassung der Erbschaft an diesen wirksam werden" — so bringt er zwei Rechtsgeschäfte (repudiatio und Vertrag über die Erbschaft nach deren Annahme) mit der Anerkennung in Verbindung, die nichts mit dieser gemein haben und ihren eigenen Gesetzen folgen, und in den folgenden Worten (S. 214): „Soweit aber diese Voraussetzungen nicht vorliegen, schließt jene Anerkennung von der Verfolgung des eigenen Erbrechts nicht aus. Da sie nicht zu einem an sich bindenden Rechtsact sich gestaltet, so ist auch nichts vorhanden, was der Anfechtung mittelst Irrthums bedürfte" — Worte, die sich übrigens offenbar nur auf die Anerkennung nichtiger Dispositionen beziehen sollen und können — spricht er derselben für sich selbst scheinbar jede selbstständige rechtliche Bedeutung ab. Ebenso faßt auch Windscheid die nicht vertragsmäßige Anerkennung wesentlich nur „als Ausschlagung der dem Anerkennenden anerfallenen Erbschaft" auf (Pand. a. a. O. S. 100).

5) In processualischer Beziehung ist hier hervorzuheben, daß die Behauptung einer Proceßpartei, ein Testament ꝛc. sei anerkannt, zu einer Beweisauflage ungenügend ist. Anerkennung ist eben nur Rechtsbegriff. Es bedarf daher der näheren Angabe des Wie der Anerkennung. So z. B. Seuffert's Archiv Bd. 15 Nr. 274 (Celle).

Erklärung bestehen, daß man sich einer letztwilligen Disposition unterwerfen wolle, wie wenn Jemand nach dem Tode des Erblassers unter dessen Testament schreiben würde, er erkenne es als rechtsgiltig an[6]).

Ebensowohl kann aber die Anerkennung stillschweigend, durch concludente Handlungen, geschehen. Als solche finden sich in den Quellen (deren Casuistik in dieser Beziehung verhältnißmäßig reich ist) namentlich angeführt:

1. Der im ungiltigen Testamente Instituirte tritt die Erbschaft aus demselben an[7]); wohin unter Anderem gehört: Theilung des Nachlasses mit Miterben[8]); Befehl an den eingesetzten Sclaven (oder Haussohn), die Erbschaft anzutreten[9]); Freilassung von Sclaven des Erblassers[10]); Zahlung von Legaten[11]); Zahlung von Erbschafts-Schulden pro hereditaria parte[12]) — Alles auf Grund des fraglichen Testamentes.

2. Anerkennung der Erben-Qualität dessen, welcher im ungiltigen Testamente eingesetzt ist. Dies kann auf die verschiedenste Weise geschehen; namentlich indem Jemand im Testamente ihm selbst (oder einer seiner Gewalt unterworfenen Person)[13]) ausgesetzte Legate von demselben fordert oder annimmt[14]); desgleichen, wenn er ein seinem Erblasser im Testamente

6) L. 31 § 4 D. de inoff. testam. (5. 2).

7) L. 6 § 4; l. 7; l. 8 pr.; l. 50 pr. D. de bonis libertor. (38. 2); l. 3. D. de lege Cornel. de falsis (48. 10).

8) L. 4 C. de iur. et facti ignor. (1. 18); cf. l. 36 D. fam. herc. (10. 2); l. 29. D. de usurp. (41. 3).

9) L. 3 § 15 D. de B. P. contra tab. (37. 4); l. 50 pr. D. de bonis libertor. (38. 2).

10) L. 30 § 17 D. de fideicomm. libertatt. (40. 5); cf. l. 8 C. de iur. et facti ignor. (1. 18).

11) L. 2 C. de fideicomm. (6. 42). — In Bezug auf menstrua oder annua legata schreibt l. 1 C. de fideicomm. (6. 42) vor, daß, wer solche in Befolgung des Willens des Verstorbenen „per multum temporis, i. e. non minus in tali causa triennio" prästirt habe, zur fernern Zahlung verpflichtet sei. Diese Wirkung wird daher nicht durch einen einzigen Agnitionsact herbeigeführt, was singulär ist, aber sich daraus erklärt, daß aus der einmaligen Zahlung einer Jahresrente noch nicht auf die Absicht geschlossen werden kann, diese öfter und so oft zu zahlen, als die letztwillige Disposition angeordnet hat.

12) L. 8 § 1 C. de inoff. testam. (3. 28).

13) L. 12 pr. D. de inoff. testam. (5. 2); l. 3 § 16 D. de B. P. contra tab. (37. 4); l. 8 § 2 D. de bonis libertor. (38. 2).

14) L. 30 D. de minor. (4. 4); l. 8 § 10; l. 10 § 1 D. de inoff. testam. (5. 2); l. 43 D. de hered. pet. (5. 3); l. 5 pr. § 1 D. de his quae ut indignis aufer. (34. 9); l. 14 pr. D. de B. P. contra tab. (37. 4); l. 6 § 4; l. 8 § 1; l. 31 D. de bonis libert. (38. 2); l. 3 D. ad Leg. Cornel. de fals. (48. 10); l. 3 C. eod. (9. 22) u. a. m.

ausgesetztes Legat einklagt [15]); oder von den eingesetzten Erben die Erbschaft oder einen Theil derselben kaufte, Erbschaftsgrundstücke pachtete, an sie Forderungen des Erblassers bezahlte — vorausgesetzt, daß man diese Geschäfte mit denselben gerade mit Rücksicht auf ihre Erben-Qualität vornahm [16]). Ja es wird darin eine Anerkennung gefunden, wenn wir, da wir von dem eingesetzten Erben aus einer dem Erblasser gegen uns zustehenden Forderung belangt werden, uns, statt uns auf die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Testamentes zu berufen, einer andern Einrede, insbesondere der exceptio doli, oder wenn wir uns in einem ähnlichen Falle dem Erben gegenüber einer aus dem Inhalte des Testamentes entnommenen Einrede bedienen [17]). Selbst wenn die Anerkennung das persönliche Verhältniß des Anerkennenden zu dem letzten Willen gar nicht berührt, z. B. wenn derselbe als Advocat oder Procurator für einen Andern Rechte aus dem Testamente gerichtlich verfochten hat, kann eine Unterwerfung unter den letzten Willen angenommen werden [18]).

3. Auch darin, daß der Erbe, welcher zufolge der Lex Falcidia als hinsichtlich der Quart verletzt erscheint, die Legate unverkürzt auszahlt oder solches zu thun verspricht, wird eine Anerkennung des letzten Willens gefunden [19]).

Außer diesen in den Quellen erwähnten Fällen der Anerkennung ungiltiger letzter Willen durch concludente Handlungen lassen sich nun noch andere Willenserklärungen denken, durch welche Jemand in ähnlicher Weise die Absicht, sich einem solchen zu unterwerfen, zu erkennen giebt, oder aus denen doch diese Absicht gefolgert werden kann. Obige Fälle müssen daher nur als Beispiele, wie sie zufällig in den Quellen enthalten sind, angesehen werden.

15) L. 32 § 1; cf. l. 31 § 3 D. de inoff. testam. (5. 2).

16) L. 23 § 1 D. eod.

17) L. 15 D. de B. P. contra tab. (37. 4); l. 50 § 6 D. de bonis libert. (38. 2); l. 45 pr. D. de fideic. libert. (40. 5).

18) L. 32 pr. D. de inoff. testam. (5. 2). — Mit Unrecht werden diese und ähnliche Stellen, weil sie gerade von der Anerkennung nur rescissibler Testamente handeln, zur Feststellung des Unterschiedes zwischen der Anerkennung dieser und der nichtiger letztwilliger Verfügungen verwerthet. Mit Unrecht, denn es ist gar nicht abzusehen, weshalb die Folgerung aus einer Willenserklärung, daß darin eine Unterwerfung unter einen letzten Willen enthalten sei, dann, wenn es sich um rescissible handelt, eine andere sein könne, als wenn sie eine nichtige Disposition betrifft.

19) Vgl. besonders l. 5 § 15 D. de donat. int. V. et U. (24. 1); l. 46 D. ad Leg. Falcid. (35. 2); l. 20 § 1 D. de donat. (39. 5); l. 9; l. 19 C. ad Leg Falcid. (6. 50); Nov. 1 cap. 3. — Hier handelt es sich um die Anerkennung eines ungiltigen Theils einer an sich giltigen Disposition.

Der auf solche Weise ausgedrückte Wille, sich der Disposition zu unterwerfen, kann indessen wegen Irrthums ausgeschlossen sein. Indessen wird ein zu berücksichtigender Irrthum in dieser Beziehung selten vorkommen. Namentlich die Berufung auf einen Rechtsirrthum, also darauf, daß man die rechtlichen Folgen, die Tragweite der ausgedrückten Unterwerfung nicht gekannt habe, wird schwerlich jemals für sich allein als Entschuldigungsgrund Beachtung verdienen. Dagegen sind Fälle denkbar, wo in Folge factischen Irrthums der erforderliche Wille völlig ausgeschlossen ist. Wenn z. B. der Intestaterbe von dem im ungiltigen Testamente Eingesetzten ein Erbschaftsobject kauft, so liegt hierin an sich eine Anerkennung des Testamentes, auf Grund dessen der Testamentserbe erst Verfügung über die Sache erlangen konnte. Aber nur, wenn dem Intestaterben bekannt war, daß der Verkäufer Testamentserbe sei, und daß das Kaufobject zum Nachlasse gehöre[20]).

III.

Als zweites (inneres) Moment erfordert die ächte Anerkennung die Kenntniß davon, daß die anerkannte letztwillige Verfügung ungiltig und daß man selber zu deren Anfechtung befugt ist. Gerade dieses Moment wird — wie schon bemerkt — häufig nicht ohne Weiteres erkennbar sein, und hier tritt daher die Frage in den Vordergrund, inwiefern Unkenntniß und Irrthum hinsichtlich der Ungiltigkeit der anerkannten Disposition oder des ihr entgegenstehenden Rechtes des Anerkennenden von rechtlicher Bedeutung werden können, ob die durch solchen Irrthum veranlaßte — also unächte — Unterwerfung unter einen letzten Willen bindet oder nicht bindet.

Ein Rechtsirrthum ist hier in mancherlei Weise möglich: z. B. wenn der präterirte Emancipirte nicht weiß, daß ihm, weil er präterirt ist, die B. P. contra tabulas, der im Pflichttheil augenscheinlich Verletzte, daß ihm deswegen die Querel oder die suppletoria gegen das Testament zustehe; der Intestaterbe, daß die ihm bekannte fehlerhafte Form des Testamentes dessen Nichtigkeit zur Folge hat, und ihm deshalb die Erbschaft ab intestato deferirt ist. Factische Irrthümer, z. B. wenn man nicht weiß, daß man in einem die Anfechtung gestattenden Grade der Verwandtschaft zum Erblasser steht, oder daß das Testament an Formfehlern leidet, daß es untergeschoben ist, daß die hinterlassene Summe den Pflichttheil nicht erreicht u. s. w.

Es wäre nun natürlich von der größten Wichtigkeit, wenn die Quellen sich regelmäßig für die bewußte Anerkennung einer letztwilligen Verfügung

20) L. 23 § 1 D. de inoff. testam. (5. 2).

— die ich als ächte bezeichne — eines bestimmten Ausdrucks bedienten. Dieses ist aber nicht der Fall. Denn die in denselben für die Anerkennung gebrauchten Ausdrücke:

iudicium s. voluntatem defuncti (testatoris) agnoscere [21]), comprobare oder probare [22]), sequi [23]), eligere [24]), voluntatem amplecti [25]), und in besonderer Beziehung auf Motive der Pietät: fidem explere, plenam fidem defuncto praestare, adimplere, exhibere [26])

passen wenigstens z. Th. sowohl auf die bewußte, als die ohne die betreffende Kenntniß vorgenommene Anerkennung eines letzten Willens. Wenn gesagt wird, Jemand befolgt oder erkennt den letzten Willen eines Verstorbenen an (agnoscere, sequi, amplecti voluntatem s. iudicium defuncti), so ist damit noch nicht gesagt, daß dies eine mit dem Bewußtsein der Ungiltigkeit desselben vorgenommene Handlung sei. Distincter erscheint wohl das comprobare oder probare iudicium defuncti, indem die Erklärung, daß man etwas billige (oder die dieser gleich geachtete Handlung) schon eher ein Bewußtsein verräth, daß man auch das Recht habe, zu mißbilligen, zu verwerfen [27]). Unzweideutig ferner ist das auch vorkommende eligere iudicium defuncti, indem wer zwischen Mehrerem

21) L. 8 § 10; l. 12 § 1; l. 23 § 1 D. de inoff. testam. (5.2); l. 8 § 1; l. 35 § 1 C. eod. (3.28); l. 7 Cod. Theod. eod. (2.19); l. 8 § 5 D. de bonis libert. (38.2); l. 45 pr. D. de fideic. libert. (40.5); l. 6 C. de inoff. donat. (3. 29).

22) L. 31 § 4; l. 32 pr. D. de inoff. testam. (5.2); l. 14 pr. D. de B. P. contra tab. (37.4); l. 7 D. de bonis libert. (38.2); l. 8 § 1 cit. C. de inoff. testam. (3.28).

23) L. 8 D. de hered. petit. (5.3); l. 14 pr. cit. D. de B. P. contra tab. (37.4); l. 20 § 1 D. de donat. (39.5); l. 1 C. de fideicomm. (6.42); l. 46 D. ad Leg. Falcid. (35.2); l. 19 C. eod. (6.50); l. 46 D. de bonis libert. (38.2).

24) L. 30 D. de minor. (4.4); cf. l. 3 § 16 D. de B. P. contra tab. (37.4); l. 5 § 2 D. de legatis praest. (37.5).

25) L. 19 D. de inoff. testam. (5.2); l. 35 § 2 C. eod. (3.28); l. 23 C. de fideicomm. (6.42).

26) L. 62 D. de cond. indeb. (12.6); l. 5 § 15 D. de donat. int. V. et U. (24.1); l. 20 § 1 D. de donat. (39.5); l. 1; l. 19 C. ad Leg. Falcid. (6.50); Paulus Rec. Sent. IV, 3 § 4.

27) Doch heißt es in l. 32 pr. D. de inoff. testam. (5.2): ... agnovisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobavit — wonach, da es sich um die Folgen der Anerkennung handelt, das comprobare kaum stärker sein kann, als das agnoscere. Hiernach und nach l. 45 pr. D. de fideic. libert. (40.5) scheint das agnoscere der eigentliche Kunstausdruck für die Anerkennung gewesen zu sein.

wählt, seine Berechtigung auf Mehrerlei kennen muß. Endlich versteht es sich von selbst, daß das plenam fidem defuncto praestare nichts Anderes als eine bewußte Unterwerfung unter die letzten Wünsche eines Erblassers bezeichnen kann.

In der That legen aber auch die Quellen überhaupt nicht in dem Maße, wie man glauben sollte, das entscheidende Gewicht darauf, ob die Anerkennung eine — im obigen Sinne — bewußte war oder nicht, indem sie, wie schon erwähnt, für ihre Wirksamkeit bald mehr, bald weniger verlangen.

IV.

Die Anerkennung ist von Bedeutung zunächst in der Beziehung, daß sie, je nach ihrer Beschaffenheit, den Anerkennenden selbst entweder bindet oder nicht bindet, ihn von der Geltendmachung seiner Rechte gegen das Testament ausschließt oder nicht ausschließt. Die zweite ebenso wichtige Frage ist aber die, ob diejenige Anerkennung, welche den Anerkennenden bindet, auch auf die an sich ungiltige Disposition einen erhaltenden Einfluß ausüben kann.

In Bezug auf diese letztere Frage tritt selbstverständlich der Unterschied zwischen nichtigen und bloß rescissiblen letztwilligen Dispositionen in den Vordergrund. Es ist einleuchtend, daß eine an sich giltige, aber anfechtbare Disposition dadurch, daß die zu ihrer Anfechtung Berechtigten sich ihr unterwerfen, zu voller Kraft gelangen muß; es ist ebenso einleuchtend, daß bei der Unmöglichkeit einer directen Convalescenz nichtiger Dispositionen die Anerkennung derselben, wenn überhaupt eine Wirkung, doch nicht die haben kann, daß dieselbe zu einer giltigen wird.

In unseren Rechtsquellen wird dieser Unterschied denn auch hervorgehoben; allein die einzige Stelle, welche denselben gegensätzlich betont, läßt ersehen, daß er auch für die Frage, ob eine Anerkennung für den Anerkennenden selbst bindend sei, der maßgebende war. In l. 5 pr. D. de his quae ut indignis (34. 9) wird als Regel[28]) ausgesprochen, daß die Unterwerfung unter einen nichtigen letzten Willen nicht bindet, die Unterwerfung unter eine bloß rescissible Disposition dagegen bindend ist[29]). Es

28) Die Regel hat indessen ihre Ausnahmen nach beiden Seiten hin, wie demnächst zu zeigen sein wird.

29) Die Stelle spricht zwar nur von einer bestimmten Art der Anerkennung, von der Annahme eines Legates; aber dies ist das übliche Beispiel für Anerkennung überhaupt. Sie stellt ferner speciell die gefälschten und an formellen Mängeln leidenden Testamente auf der einen Seite dem mit der Querel anfechtbaren Testamente auf der andern Seite gegenüber. Aber es leidet keinen Zweifel, daß die aufgestellten

wird leider nicht gesagt, aus welchem Grunde dieser Unterschied auch in dieser Richtung entscheidend sein soll. Ich glaube aber nicht zu irren, wenn ich ihn folgendermaßen ableite [30]).

Bei den sog. rescissiblen Dispositionen besteht der Mangel, welcher die Anfechtbarkeit herbeiführt, ausnahmslos in einer Verletzung des Noth- erben- und Pflichttheilsrechts. Die Personen, welchen die Anfechtung der- selben zusteht, sind daher stets (nur mit Ausnahme des zur B. P. contra tabulas berechtigten Patronus) die dem Erblasser verwandtschaftlich am nächsten stehenden Personen; Personen, von denen man unbedingt entweder Pietät gegen den Erblasser oder doch Rücksichtnahme gegen dessen Wünsche erwarten darf. Es liegt nahe, Willenserklärungen derselben, welche auf Unterwerfung unter den letzten Willen hindeuten, nicht allein mit bindender Wirkung zuzulassen, sondern selbst gegen die anerkennenden Notherben im Interesse der Aufrechterhaltung der Testamente (deren Ungiltigkeit auf keinem allgemeinen Principe, sondern nur auf dem erforderlichen Schutze eben der Notherben beruht) zu interpretiren [31]).

Nicht dasselbe gilt regelmäßig von nichtigen letztwilligen Verfügungen. Abgesehen von gefälschten und untergeschobenen Testamenten, für deren Aufrechterhaltung überhaupt kein Grund vorhanden ist, liegt es schon in der Natur der Sache, daß der Gesetzgeber, welcher die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, gleichviel aus welchem Grunde, ausspricht, dessen Er- haltung, sei es in directer oder indirecter Weise, nicht begünstigen will. Dazu kommt, daß die dem nichtigen Testamente mit ihren Ansprüchen gegenüberstehenden Personen nicht in allen Fällen solche sind, von denen Pietäts-Rücksichten gegen den Erblasser erwartet, deren Anerkennungs-Hand- lungen daher mit Rücksicht hierauf in höherem Maße als bindend an- gesehen werden können. Es wird sich aber auch zeigen, daß, wo nur immer die Anerkennung selbst nichtiger letztwilliger Dispositionen auf die Absicht, aus Pietät sich dem letzten Willen zu unterwerfen, zurückzuführen ist, sie auch als bindend angesehen wird (§ 2. 3).

Regeln in dem Gegensatze zwischen nichtigen und anfechtbaren Dispositionen über- haupt ihren Grund haben sollen.

30) In den Basiliken finde ich nur an einer Stelle (LX, 42 c. 5 Schol. 3) den Versuch, den Unterschied — den sie sonst oft genug hervorheben (z. B. XLII, 1 c. 8 Schol. 1 u. c. 43 Schol. 1) — zu erklären. Bei der Querel könne nämlich der Anerkennende nicht wohl in Unkenntniß seiner Rechte gegen das Testament sein, wohl aber könne er bei der Anerkennung falscher und nichtiger Testamente keine Kenntniß dieser Mängel haben.

31) Dem entspricht es denn auch, daß bei der B. P. contra tabulas des im Pflichttheil verletzten Patronus, der zur Pietät gegen den Freigelassenen keinen Grund hat, dem Ersteren günstigere Grundsätze zur Anwendung kommen. S. § 13.

Dagegen findet sich in den Quellen keine Spur einer Andeutung, daß hinsichtlich der Wirkung der Anerkennung darauf Gewicht gelegt sei, ob dem Anerkennenden in der anerkannten Disposition etwas zugewandt ist oder nicht [32]).

V.

Hinsichtlich der Personen, auf deren Anerkennung es ankommt, weil sie durch die ungiltige Verfügung in ihren Ansprüchen bedroht werden, sind mannigfache Fälle denkbar.

Handelt es sich um ein nichtiges Testament, so kann entweder die Intestaterbfolge eintreten, oder der in einem frühern rechtsbeständigen Testamente Instituirte ist zur Erbfolge berufen. Auf diese Personen kommt es daher zunächst an.

Ist ein Testament nur anfechtbar, so ist auf den Grund der Anfechtbarkeit zu sehen, weil je nach demselben verschiedenen Personen verschiedene Rechtsmittel gegeben werden; entweder die bonorum possessio contra tabulas (dem präterirten Emancipirten, dem Patronus, dem die debita portio nicht hinterlassen ist, und dem diesen gleichgestellten parens manumissor); oder die querela inofficiosi testamenti.

Noch andere Personen kommen in Frage, wo es sich um die Ungiltigkeit einzelner Bestimmungen in sonst giltigen Dispositionen handelt; hier wird es meist der in unzulässiger Weise Onerirte sein, auf dessen Anerkennung es ankommt.

Dies sind etwa die zunächst der ungiltigen Disposition entgegenstehenden Berechtigten. Namentlich die Frage, ob eine bindende Anerkennung seitens dieser Personen in ihrem Erfolge zu der von ihnen beabsichtigten Aufrechterhaltung des anerkannten letzten Willens führen könne, verliert aber an ihrer Einfachheit, wenn der Berechtigten mehrere sind, sei es neben, sei es hinter einander. In dieser Beziehung wird zu untersuchen sein, ob eine successio ordinum et graduum und ein Accrescenzrecht auch dann eintreten kann, wenn nur der zunächst allein Berechtigte, oder nur einer der zunächst Gesammtberechtigten sich der ungiltigen Disposition unterworfen hat.

VI.

Eine Anzahl der Fälle, bei welchen unsere Rechtsquellen die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Dispositionen berühren, ist antiquirt. Unzweifelhaft sämmtliche Fälle der B. P. contra tabulas. Ihre Darstellung ist

32) Vgl. hierüber Francke im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 19 S. 179. 188.

aber nicht zu umgehen, weil die bei ihnen geltenden Regeln über das von den Römischen Juristen befolgte Princip Aufschluß zu geben im Stande sind.

Ueber diese Fälle, über die Anerkennung nichtiger Dispositionen und die Anerkennung eines mit der querela inoff. test. anfechtbaren Testamentes (nach der gemeinen Meinung wenigstens noch für einen einzelnen Fall practisch) geben die Quellen einige, hinsichtlich vieler Punkte aber doch mangelhafte Auskunft.

Rücksichtlich der von Justinian eingeführten actio suppletoria sind in der Hauptsache alle Zweifel wegen der eigenthümlichen Natur dieser Klage ausgeschlossen.

Anders ist es mit der Anfechtbarkeit eines Testamentes mittelst des in der Novelle 115 dem nicht eingesetzten oder nicht vorschriftsmäßig enterbten Notherben gegebenen sog. Nullitäts-Querel. Hier — und dies ist einer der wichtigsten Fälle des heutigen Rechts — muß daher versucht werden, nach der Natur dieses Rechtsmittels analoge Anwendung von den correspondirenden Fällen des älteren Rechts zu machen.

Es wird endlich nicht unangemessen sein, noch die Erfordernisse und die Folgen der Anerkennung eines einem Erbvertrage widerstreitenden Testamentes zu untersuchen.

I. Nichtige letztwillige Verfügungen[1]).

A. Erfordernisse der bindenden Anerkennung.

§ 2.

1. Bei nichtigen Testamenten.

I.

Wenn eine letztwillige Verfügung nichtig ist und es erkennt Derjenige, welcher bei ihrem Wegfallen zunächst zur Erbschaft berechtigt wäre,

1) Vgl. Grupen, Disceptatt. forens. (Lips. 1737) cap. 5 pag. 364 sqq. 385 sqq.; Mühlenbruch, Pand. § 779 u. in Glück's Comm. Bd. 38 S. 134 ff.; Sintenis, Civilrecht III. § 180; Francke im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 19 S. 187 ff.; Comm. über den Tit. D. de heredit. pet. S. 126 ff., S. 368 f.; Bähr, die Anerkennung I. A. S. 195 ff., II. A. S. 213 ff.; Windscheid, Pand. III. § 566.

dieselbe als ihn bindend dennoch an, so fragt es sich zuerst, unter welchen Bedingungen der Anerkennende selbst durch diesen Act das Recht verliert, seine dem letzten Willen widerstreitenden Ansprüche geltend zu machen. Erst in zweiter Reihe wird zu untersuchen sein, ob und in wie weit, wenn er selbst dies Recht verloren hat, diese Folge auch auf den Rechtsbestand der Disposition einen erhaltenden Einfluß üben kann (§ 6 ff.).

Was nun die erste Frage betrifft, so stellen die Quellen, von dem Unterschiede zwischen nichtigen und nur anfechtbaren letztwilligen Verfügungen ausgehend, den Rechtssatz auf, daß die Anerkennung eines nichtigen Testamentes dem Anerkennenden nicht präjudicire.

Unbedingt heißt es in l. 5 pr. D. de his quae ut indignis aufer. (34. 9), nach Annahme eines Legates sei es noch erlaubt, das Testament als gefälscht oder als nichtig anzugreifen [2]).

Andere Stellen, welche die Anerkennungshandlung für unpräjudicirlich erklären, betonen indessen noch ein anderes Moment.

So l. 3 D. de Lege Cornel. de fals. (48. 10):

> Qui *ignorans*, falsum esse testamentum, vel hereditatem adiit vel legatum accepit vel quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur.

l. 8 D. de hered. petit. (5. 3):

> Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is qui, *quum ignorabat vires testamenti*, iudicium defuncti secutus est.

l. 4 C. de iur. et facti ignor. (1. 18):

> Si *post divisionem factam* testamenti vitium in lucem emerserit, ex his *quae per ignorantiam confecta sunt*, praeiudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur apud correctorem, virum clarissimum, amicum nostrum, testamentum vel fide veri deficere, vel iuris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas [3]).

2) Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere. ... Ueber das Gegensätzliche: inofficiosum autem dicere non permittitur — s. unten § 11. — Die Fassung dieser Stelle möchte ersehen lassen, daß der Rechtssatz jedenfalls hinsichtlich untergeschobener Testamente als ganz selbstverständlich angesehen wurde (verb. *non tantum* falsum, *sed et* non iure factum ...). Vgl. unten § 8.

3) Die gleichfalls auf den Fall der Erbtheilung sich beziehende l. 36 D. famil. ercisc. (10. 2) steht nicht entgegen, schon weil in l. 4 C. cit. der am Schlusse der l. 36 erwähnte Fall der außergerichtlichen Erbtheilung vorauszusetzen ist. So z. B. die Glosse zu l. 36. Vgl. über diese viel besprochene Stelle u. A. Risch, die

l. 8 C. eod.[4]).

Quum testamentum nullo iure constiterit, ex eius, qui ab intestato successit, professione sola, veluti ex testamento libertos *per errorem* profitentis, orcini vel proprii liberti . . . effici non potuerunt.

l. 46 D. de bonis libertor. (38. 2):

Paulus respondit: patronus qui *deceptus* falsum iudicium testatoris secutus est, bonorum possessionem contra tabulas testamenti liberti petere non prohibetur.

In allen diesen Stellen[5]) wird vorausgesetzt, daß ein Irrthum den Anerkennenden zur Vornahme der Agnitionshandlung veranlaßt habe. Es liegen also Fälle der unächten Anerkennung vor (§ 1. I.). Da aber in keiner derselben der Irrthum als Bedingung der Unwirksamkeit einer solchen Handlung aufgestellt wird[6]), so kann aus diesen Stellen allein noch nicht per arg. a contrario geschlossen werden, daß, wo bei solcher Gelegenheit ein Irrthum nicht obgewaltet habe, die Anerkennung nachtheilig sei, m. a. W., daß jede ächte Anerkennung eines nichtigen Testamentes, d. h. eine solche, welche mit dem Wissen vorgenommen wird, daß dasselbe nichtig sei, den Anerkennenden von der Anfechtung desselben ausschließe[7]).

Allein daß die Römischen Juristen den an die Spitze gestellten Satz doch nicht mit voller Consequenz durchgeführt haben, dafür geben zwei andere Stellen eine im Ganzen genügende Auskunft.

Zunächst wird von Paulus in der l. 5 § 1 D. de his quae ut

Lehre vom Vergleiche S. 163 ff., 190; Bähr, a. a. O. S. 219 (der hier augenscheinlich im Irrthume ist, wenn er auch im Falle der l. 4 cit. dem Erben nur die condictio indebiti, nicht die hereditatis petitio gestatten will; vgl. auch unten II).

4) Diese Stelle soll in einem anderen Zusammenhange noch besonders besprochen werden; s. unten § 5.

5) Daß die Criminalanklage gegen den Fälscher eines Testamentes dadurch nicht verloren geht, daß der in dem ächten Testamente Eingesetzte das ihm in dem untergeschobenen ausgesetzte Legat gutgläubig angenommen hat, möchte sich wohl von selbst verstehen, wird aber in l. 3 C. ad Leg. Cornel. de falsis (9. 22) auch ausdrücklich gesagt.

6) Darauf, daß die Bearbeitung der l. 4 C. cit. in den Basiliken (II, 5 c. 13; Heimb. I. p. 84) das im Originale hervorgehobene Moment eines stattgehabten Irrthums ganz fortläßt, möchte allerdings wenig ankommen.

7) Es ist deshalb nicht zu billigen, was Francke, Archiv S. 189 f. mit Bezugnahme gerade auf diese Stellen sagt, daß „nach dem übereinstimmenden Inhalte derselben nur Derjenige noch zur Anfechtung eines von ihm anerkannten nichtigen Testamentes zugelassen werden könne, welchem zur Zeit, da er dasselbe anerkannt hat, die Ungiltigkeit dieses Testamentes unbekannt war". Vgl. auch Comm. S. 128. 129.

indignis aufer. (34. 9)[8]) ein Rescript des Kaisers Antoninus folgendermaßen citirt:

... De eo vero, qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: „Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen, si is eius conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt. *Prohibendi autem sint annon, ex cuiusque persona*[9]), *conditione, aetate cognita causa a iudice constituendum erit*[10])."

Hier heißt es also ganz mit der Hauptregel conform: ipso iure freilich könnten die Intestaterben bei Nichtigkeit des Testamentes die hereditatis petitio auch dann noch anstellen, wenn sie bereits Legate aus demselben angenommen hätten. Indessen, wird hinzugefügt, solle der Richter doch berechtigt sein, sie unter Umständen mit jener Klage auszuschließen. Er solle hierbei auf die persona, conditio, aetas eines Jeden Rücksicht nehmen. Diese Regel ist allerdings so unbestimmt, daß sie uns über das dabei zum Grunde zu legende Princip so gut wie ganz im Dunkeln läßt.

Glücklicherweise giebt derselbe Paulus an einer andern Stelle uns darüber Auskunft, wie die Schlußworte des kaiserlichen Rescripts zu verstehen seien. Es ist dies die l. 43 D. de hered. petit. (5. 3). Hier wird zunächst die Frage erörtert, ob derjenige, welcher bereits ein Legat aus dem Testamente angenommen, dieses dann, wenn er als Intestaterbe die hereditatis petitio wegen Nichtigkeit desselben gegen den Testamentserben anstellen würde, dem Letzteren zu restituiren habe. Im Gegensatz zu früheren Ansichten entscheidet sich Paulus dahin, daß der petitor hereditatis dazu nur gezwungen werden könne, wenn ihm vom Testamentserben (dem Beklagten) cavirt werde, daß ihm das Legat zurückgegeben

8) Diese Stelle, sowie das princ. derselben, scheint nicht eigentlich in den Pandecten-Titel de his quae ut indignis auferuntur zu gehören. Allein beide stehen da doch sehr wohl an ihrem Platze, da sie zur Erklärung der in der l. 5 cit. ferner vorgetragenen Indignitätsfälle dienlich sind (die ganze Stelle ist aus des Paulus' 1. Buche *de iure fisci* entnommen).

9) Francke im Archiv Bd. 19 S. 189 schlägt vor, nach den Basiliken hier *personae* zu lesen.

10) Daß die letzten Worte von Prohibendi an noch mit zu dem Rescripte gehören, ist unzweifelhaft, schon wegen der gleich zu citirenden l. 43 D. de hered. petit. (5. 3). Zu tadeln ist daher, daß sie noch im Kriegel'schen Corpus juris als Worte des Paulus selbst bezeichnet sind. In der Mommsen'schen Ausgabe ist dieser Fehler eingebessert. Vgl. auch Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 143 und Francke, Comm. S. 129.

werden solle, falls er mit der hereditatis petitio ab intestato zurückgewiesen werden würde, und fügt als Grund hinzu: „quum sit iniquum, eo casu possessorem hereditatis legatum, quod solverit, retinere, *et maxime si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit adversarius*, idque et Laelius probat [11]).

Also es soll der Intestaterbe, welcher zwar das Testament durch Annahme eines Legates anerkannt hat, dann aber dasselbe als non iure factum vergeblich anficht, den Anspruch auf das (demnach giltig) hinterlassene Legat nicht verlieren (sich daher durch die obige Caution sichern können), insbesondere aber dann nicht verlieren, wenn die Anstellung der hereditatis petitio ihren Grund nicht in „*calumnia*“, sondern in einem Irrthum hatte [12]). Zur Begründung dieses letztern Unterschiedes beruft sich dann Paulus schließlich noch auf einen ähnlichen Fall, wo in einem kaiserlichen Rescripte ebenfalls Rücksicht auf das Vorhandensein einer calumnia genommen sei, indem er sagt: „Imperator autem Antoninus rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, *scilicet, si manifesta calumnia sit.*“

Wie es nun unzweifelhaft ist, daß hier ganz dasselbe Rescript des Antonin gemeint ist, dessen Wortlaut die obige l. 5 § 1 cit. mittheilt [13]), so erfahren wir aus unserer Stelle, wie die sehr allgemeinen Worte jener zu verstehen sind. Also wenn offenbare *calumnia* vorliegt, soll die An-

11) Diese Ansicht ist eine Erweiterung des von Paulus in der mehr citirten l. 5 § 1 D. de his quae ut indignis aufer. (34. 9) ganz unbedingt ausgesprochenen Satzes: „Ille, qui non iure factum (testamentum) contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo quod meruit“; womit l. 24 ibid. (von Papinian) zu vergleichen ist: „Si testamentum patris iure factum filius negavit, quoniam de iure disputavit, non iudicium impugnavit, aut accusavit, retinet defuncti voluntatem.“ Diese beiden Stellen haben wohl nur den Fall vor Augen, wo der Intestaterbe das ihm im Testamente vermachte Legat noch nicht angenommen, den letzten Willen also noch in keiner Weise anerkannt hatte. Vgl. überhaupt Francke, Comm. S. 129. 368 f. — Anders verhält es sich bekanntlich mit dem, der ein Testament als falsum, inofficiosum oder mit der bonorum possessio contra tabulas angefochten hatte.

12) Siegt er, so muß er sich das bereits erhaltene und noch nicht restituirte Legat anrechnen lassen. l. 44 D. de hered. petit. (5. 3): Quum is, qui legatum ex testamento percepit, hereditatem petit, si legatum quocunque modo redditum non sit, iudicis officio continetur, ut victore deducto eo, quod accepit, restituatur hereditas. Auch hier wird die Möglichkeit der Anstellung der hereditatis petitio (ab intestato) noch nach Annahme eines Legates und ganz unabhängig davon, ob ein Irrthum hierzu die Veranlassung gegeben hatte, als selbstverständlich vorausgesetzt.

13) Dieser Ansicht ist jetzt auch Francke, Comm. S. 129 ff.

erkennungshandlung schädlich sein, die Ausschließung der hereditatis petitio zur Folge haben.

Aber was wird hier nun unter *calumnia* verstanden? Es wird sich nicht leicht eine ganz präcise Definition geben lassen [14]. Paulus [15]) giebt zwar einmal folgende Erklärung: „Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat“; und Gaius sagt nach Anführung der XII-Tafel-Stelle: „Si calvitur, et moretur, et frustretur“: — „inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus [16]).“ ... Aber auch die Stelle des Paulus wird nach ihrer Stellung nur von den eigentlichen „calumniatores“ verstanden werden müssen, von denen Tit. 6 des 3. Buches der Pandecten handelt. In anderer Anwendung kommt die calumnia in unendlich vielen Stellen vor [17]). Es gab ja z. B. im alten Rechte ein besonderes calumniae iudicium [18]), und an die iuramenta calumniae braucht wohl nicht erinnert zu werden. — Zunächst muß nun wohl jede, gegen einen Dritten, insbesondere aber gegen den eingesetzten Erben, gerichtete Chikane, jede Thätigkeit, welche diesen in Weiterungen stürzt, ihm Nachtheile zuzieht, in Processe verwickelt u. s. w., als calumniös bezeichnet werden, nicht bloß, wenn sie mit dieser bestimmten Absicht vorgenommen wird, sondern auch wenn nur der sie Vornehmende einen solchen Erfolg derselben mit Bestimmtheit voraussehen mußte. Jedenfalls also muß das Bewußtsein des unrecht, frivol Handelns vorhanden sein, oder doch ein unverantwortlicher Leichtsinn oder Unbesonnenheit [19]); eine Handlung ist dagegen nie calumniös, wenn sie durch einen Irrthum veranlaßt wurde [20]). Dies wird auch in Bezug auf unsere Frage in der l. 43 cit.

14) Raspe, das Verbrechen der calumnia nach Röm. Rechte (Rostock 1872), geht auf den civilrechtlichen Begriff der calumnia nicht ein. Vgl. S. 125 f.

15) Rec. Sent. Lib. 1 tit. 5 § 1.

16) L. 233 pr. D. de V. S. (50. 16).

17) Vgl. unter Anderem tit. D. 25. 6. Si mulier ventris nomine in possessione *calumniae causa* esse dicetur.

18) Gaius IV. § 174 ff.; § 1. i. de poena temere litig. (4. 16).

19) In l. 39 § 1 D. de liberali causa (40. 12) heißt es z. B.: „Qui de ingenuitate cognoscunt, de calumnia eius, qui *temere* controversiam movit, ad modum exilii possunt ferre sententiam“; cf. tit. i. 4. 16 de poena *temere* litigantium.

20) Gaius IV. § 178. „... nam calumniae iudicio X. partis nemo damnatur, nisi qui intellegit, non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore, vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis: calumnia enim in affectu est, sicut furti crimen“...; l. 18 D. de his, qui not. infam. (3. 2): „Ea quae falsa existimatione decepta est, non potest videri per calumniam in possessione fuisse.“

anerkannt, wo in den Worten „si non per calumniam, sed per errorem" Beides einander entgegengesetzt wird.

Wann liegt nun in der Handlungsweise des Berechtigten, der erst ein Testament anerkannt hat und es sodann wieder anficht, eine solche calumnia? Keinenfalls also, wenn ihn irgend ein Irrthum zur Anerkennung bewogen hat. Aber auch nicht immer dann, wenn er, nachdem er die Anerkennung im vollen Bewußtsein des ganzen Sachverhalts vorgenommen hat, nun doch das anerkannte Testament zur Seite zu schieben sucht. Denn zum Begriff der calumnia gehört eben etwas mehr. Er muß durch seine Handlungsweise dem Gegner Weiterungen zu machen beabsichtigt haben, oder er hat doch wenigstens voraussehen müssen, daß seine Thätigkeit diese Folge haben würde. Er muß dolo oder temere gehandelt haben. Insbesondere ist calumnia gewiß vorhanden, wenn für den Testamentserben in Folge der wissentlichen Anerkennung seitens des Berechtigten in der That Nachtheile entstanden sind, und der Andere dies beabsichtigte oder doch erwarten konnte. Wenn z. B. jener mit Rücksicht auf die geschehene Anerkennung sich bereits mit Wissen des Anerkennenden als Erbe gerirt, Schulden des Erblassers getilgt oder Legate ausgezahlt hätte, und der Intestaterbe wollte nun noch das Testament als nichtig anfechten, so möchte dies als calumniös zu bezeichnen sein.

Allein die Quellen scheinen hinsichtlich unserer Frage die calumnia nicht auf die Chikane im eigentlichen Sinne, auf Frivolität gegen die entgegenstehende Partei, beschränkt zu haben. Die Entscheidungsgründe namentlich einiger unten näher zu besprechender Rescripte ergeben, daß regelmäßig auch schon dann der Anerkennungsact als bindend angesehen wurde, wenn sein Grund die ausgesprochene Absicht war, dem, wenn auch (wie man wußte) nicht rechtsbeständig geäußerten Willen des Erblassers aus Pietät[21]) sich zu unterwerfen. Regelmäßig sind es ja die nächsten Verwandten des Erblassers, welche, weil zur Intestaterbfolge berufen, ein Interesse an Beseitigung einer ungiltigen Disposition desselben, und ein Recht dazu haben. Sie sind durch die Gesetze in ganz besonderem Maße gegen nachtheilige

21) Natürlich liegt gerade Pietät durchaus nicht immer der Anerkennung zum Grunde, z. B. nicht bei anerkanntermaßen unächten Dispositionen, aber auch dann wenigstens nicht offenbar, wenn der gegen eine letztwillige Anordnung Berechtigte in dieser erheblich bedacht ist, ja sich, wie es vorkommen kann, bei der Erhaltung derselben gleich gut oder besser stehen würde, als bei der Verfolgung seiner Intestatansprüche. Ebenso kann Scheu vor Processen, Zweifel über die Begründungsfähigkeit des eigenen Rechtes und Anderes mehr Motiv der Anerkennung sein. — Doch wird rücksichtlich einiger Verhältnisse präsumirt, daß das Motiv in Pietätsrücksichten bestehe, insbesondere wenn der Erbe den Abzug der Quart unterläßt (§ 4).

letztwillige Verfügungen geschützt. Wenn sie jedoch zu erkennen gegeben haben, daß sie in liebevollem Andenken an den verstorbenen Verwandten von diesem Rechte der Anfechtung absehen wollen, so liegt in der nachherigen Zurückziehung der geäußerten Pietätsabsichten unzweifelhaft eine frivole Mißachtung des Andenkens des Erblassers, mit dessen letzten Wünschen ein Spiel zu treiben, sich erst ihnen zu unterwerfen, um sie dann wieder rücksichtslos anzugreifen, eine Unsittlichkeit ist, die der calumnia im eigentlichen Sinne gleichgestellt werden darf [22]).

Muß man hiernach annehmen, daß frivoles Handeln überhaupt den Anerkennenden von der Geltendmachung seiner Ansprüche gegen das Testament ausschließt, so ergiebt sich die Ungenauigkeit der Francke'schen Ansicht, wonach schon jede wissentliche Anerkennung (also die von mir sogenannte ächte Anerkennung) diesen Erfolg haben soll. Man wird eben nur zugeben können, daß die Handlungsweise des Anerkennenden niemals als frivol erscheint, wenn die Willenserklärung in Veranlassung eines Irrthums über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes abgegeben ist, gleichviel ob dies ein factischer oder ein Rechtsirrthum war, und daß der Anerkennende sehr häufig, aber doch nicht immer, als frivol anzusehen sein und daher sein Recht auf die hereditatis petitio verlieren wird, wenn er ein ungeachtet vorhandener Nichtigkeit von ihm wissentlich anerkanntes Testament nachher anzufechten sich erlaubt, mit anderen Worten: die ächte Anerkennung schließt ihn nur im Fall der calumnia aus, die unächte niemals.

Bei der Frage, ob die gegen das Testament (entweder direct oder indirect) gerichtete Klage auch nach geschehener Anerkennung desselben noch zuzulassen sei, war also nicht das Entscheidende, ob eine wissentliche oder unwissentliche Anerkennung stattgefunden hatte (also eine einfache rein factische Frage), sondern es mußte das complicirtere Verhältniß untersucht werden, ob das Verhalten des Klägers — erst Anerkennung, dann Anfechtung — als frivol zu betrachten sei.

Und dies wird denn wohl der Grund gewesen sein, weshalb der Magistrat diese Frage nicht einem iudex zur Aburtheilung übertrug, sondern seiner eigenen, auf das freieste Ermessen und die Prüfung aller Umstände des Falles zu begründenden Entscheidung vorbehielt, und die nach geschehener Anerkennung erhobene Erbschaftsklage dann ohne Weiteres zurückwies, wenn ihre Anstellung als offenbare Frivolität sich herausstellte.

22) So heißt es in Nov. 1 cap. 3 in Bezug auf die Rückforderung des wegen des Falcidischen Gesetzes vom Erben Zuvielgezahlten: Antequam agas, consilium capiendum et res ad effectum perducenda est, non autem, ubi recte feceris, *ad iniquitatem animum convertere* oportet. . . .

Daß dies sich so verhielt[23]), ergeben unsere Stellen auf das Unzweideutigste, indem sie von einer causae cognitio über die Frivolitätsfrage sprechen, von deren Erfolg es abhängen soll, ob der Kläger überhaupt mit seiner hereditatis petitio zuzulassen sei, d. h. ob ihm eine formula ertheilt werden könne[24]). So sagt l. 5 § 1 cit.: *Prohibendi* autem sint annon, ex cuiusque persona, conditione, aetate, *cognita causa* a iudice[25]) constituendum erit ... und l. 43 cit.: *causa cognita* hereditatis petitionem *negandam* esse[26])....

Nicht weniger zu beachten sind aber auch die in l. 5 § 1 cit. vorkommenden Worte ex cuiusque *persona, conditione, aetate* constituendum erit.

Man hat diese Worte deuten wollen auf Berücksichtigung von Restitutionsgründen, wie sexus, rusticitas, minor aetas[27]). Gewiß mit Unrecht. Denn wenn nach dem Vordersatze: daß die Intestaterben auch nach der Anerkennung des Testamentes ipso iure noch die hereditatis petitio anstellen können, das Rescript hinzufügt: ob sie dennoch auszuschließen seien, das hänge ex cuiusque persona, conditione, aetate ab, so können damit nicht Qualitäten bezeichnet sein, welche, wie sexus, rusticitas, minor aetas, Veranlassung sind, daß eine an sich bindende Willenserklärung mit ihren Wirkungen beseitigt wird. Der Kaiser kann vielmehr nur an solche Umstände gedacht haben, welche eine an sich rechtlich irrelevante Handlungsweise bindend zu machen geeignet sind, also an solche, welche die in der Anerkennung liegende Willenserklärung stärken, nicht sie mindern[28]).

23) Auf diese Eigenthümlichkeit hat meines Wissens zuerst Francke (Comm. S. 131) aufmerksam gemacht. Die Schriftsteller über den Röm. Civilproceß führen diesen Fall unter den dem Prätor vorbehaltenen, so viel ich weiß, nicht mit auf; vgl. z. B. v. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproceß II. §§ 86. 122. — Andere Fälle, wo der Prätor selbst über calumnia cognoscirte, s. in l. 3 § 1 D. ut in possess. legator. (36. 4); l. 8 pr. cf. l. 1 § 9 D. de stipul. praetor. (46. 5); l. 3 § 4 D. de Carbon. Ed. (37. 10). Doch sind dies sämmtlich solche, welche als Nebenpunkte innerhalb seiner ordnungsmäßigen Competenz vorkommen.

24) Die Stellen haben offenbar einen Fall vor Augen, in dem das sonst in ähnlichen Streitigkeiten competente Centumviralgericht nicht angegangen war.

25) Der iudex ist hier selbstverständlich nicht in seiner Bedeutung zur Zeit des Formularprocesses zu nehmen.

26) Die causae cognitio, das prohibere, das negare actionem sind nach bekanntem Sprachgebrauche technische Ausdrücke für die Thätigkeit des Prätor in iure, dem Vorbereitungs-Stadium des iudicium.

27) So Schol. 5 zu den Basiliken LX, 42 c. 5.

28) Dies übersieht Francke (Archiv S. 195 f.; Comm. S. 131), wenn er, ähnlich wie der cit. Scholiast, und als wenn der Kaiser die Anerkennung an sich für

Es ist aus der zweiten Stelle gezeigt, daß die Jurisprudenz die in Betracht kommenden Umstände unter der Bezeichnung calumnia zusammenfaßte, so daß jene beiden Stellen im Zusammenhange betrachtet die Vorschrift enthalten, es solle in unserem Falle der Richter die persona, conditio, aetas eines jeden einzelnen der Kläger[29]) prüfen, und wenn sich aus dieser Untersuchung ergebe, daß der Eine oder Andere sich bei Anerkennung und bezw. Anfechtung des Testamentes einer manifesta calumnia schuldig gemacht habe, diesen mit der erhobenen Klage ausschließen.

Wie anders würde sich der Kaiser ausgedrückt haben, wenn das entscheidende Moment darin läge, ob die Anerkennung eine wissentliche oder eine unwissentliche war!

Der von Francke und nach ihm Bähr[30]) aufgestellte Gesichtspunkt, wonach Alles auf die wissentliche Anerkennung und den daraus herzuleitenden Verzicht ankommen soll, ist daher jedenfalls nicht der quellenmäßige.

II.

Eine andere Frage ist, ob die Anerkennung einer nichtigen letztwilligen Disposition auch hinsichtlich der Beweislast ohne allen Einfluß ist.

Zur Begründung der hereditatis petitio des Intestaterben genügt bekanntlich die Angabe derjenigen thatsächlichen Momente, aus denen sein Intestaterbrecht hervorgeht; nicht erforderlich ist die Behauptung, daß die gesetzliche Erbfolge — weil kein (oder doch kein giltiges) Testament vorhanden — eingetreten sei. Es ist vielmehr Sache des Beklagten, welcher den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge bestreitet, sich auf die sein Erbrecht verbriefende Disposition zu berufen und wenigstens deren Existenz nachzuweisen. Ob im Uebrigen die Production eines äußerlich fehlerfreien Documentes genügt, und es nun Sache des Intestaterben wird, deren Un-

bindend erklärt hätte, in den betr. Worten eine Aufforderung an den iudex findet, die gedachten Qualitäten als Entschuldigungsgründe zu berücksichtigen.

29) Im Fragefalle handelte es sich um mehrere Cognaten des Erblassers.

30) Der Letztere bezieht (a. a. O. II. A. S. 214 unten) die Bedeutung unserer beiden Stellen ebenfalls auf den Fall: „wenn positiv erhellt, daß der Erbe durch Anerkennung des Testaments auf sein Erbrecht habe verzichten wollen". Das O. A. Gericht zu Oldenburg (Oldenb. Archiv VII. S. 297) erkennt in seiner ausführlichen Behandlung unserer Frage zwar an, „daß keine Stelle mit Bestimmtheit ausspreche, daß, wer aus einem Testamente, dessen Nichtigkeit ihm bekannt sei, ein Legat annehme, von der hereditatis petitio ausgeschlossen sein solle", schließt sich dann aber doch der Francke'schen Meinung an.

ächtheit, innere Mängel &c. nachzuweisen, darüber herrscht bekanntlich Streit, sowohl was das Römische als das heutige Recht betrifft[31]).

Zweifelloser scheint mir dagegen zu sein, daß der Intestaterbe, wenn er das Testament bereits anerkannt hat, immer den Beweis der Richtigkeit desselben zu führen habe.

Nach der oben (S. 13) citirten l. 4 C. de iur. et facti ignor. (1. 18) ist dem Intestaterben, welcher auf Grund eines Testamentes mit einem neben ihm eingesetzten Miterben zur Erbtheilung geschritten war, diese Anerkennung des Testamentes nicht nachtheilig. Nach dem Schlußsatze soll aber in diesem Falle der Intestaterbe den Beweis übernehmen, daß dasselbe entweder unächt oder nicht rechtsbeständig sei, damit er infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, zur alleinigen Erbfolge gelange; dem Intestaterben also liegt, wie wenn es sich um Beseitigung einer an sich giltigen, aber rescissiblen Disposition handelte, zum Zwecke der Begründung seiner Klage der Nachweis der Ungiltigkeit des von ihm anerkannten Testamentes ob.

Indessen läßt dieses Rescript weder erkennen, daß die Kaiser Diocletian und Maximian, von denen es herrührt, hierin eine Abweichung von der bei der hereditatis petitio des Intestaterben geltenden Regel erblickt haben, noch daß in der stattgehabten Testaments-Anerkennung der Grund dieser Abweichung gefunden wurde. Bestimmter, wenn auch nur für einen analogen Fall, spricht l. 15 D. de probat. (22. 3). In dem hier besprochenen Rechtsfalle hatte Jemand, sich für den Sohn eines Erblassers ausgebend, den Besitz des Nachlasses ergriffen und auf Grund eines angeblich existirenden Intestat-Codicills den Brüdern des Verstorbenen Vermächtnisse ausgezahlt. Nachdem diese dem angeblichen Sohne in dieser seiner Eigenschaft über den Empfang derselben quittirt haben, erfahren sie, daß er gar nicht Sohn ihres Bruders sei, und fragen nun an, ob sie ungeachtet der in ihrer Handschrift enthaltenen Anerkennung dieser Eigenschaft des angeblichen Erben nunmehr noch als die wahren Intestaterben gegen denselben als Besitzer des Nachlasses mit der hereditatis petitio auftreten können. Modestin respondirt: durch jene in der Quittung liegende Anerkennung des-

31) Die verschiedenen Fälle sind offenbar nicht unter eine und dieselbe Regel zu stellen. Die heutige Praxis neigt sich mehr der Ansicht zu, daß der Testamentserbe die Giltigkeit hinsichtlich aller der Punkte, welche vom Gegner monirt sind, beweisen müsse. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 9 Nr. 314, Bd. 11 Nr. 256, Bd. 14 Nr. 148; außerdem s. Glück, Comm. Bd. 7 S. 510; Kierulff, Theorie S. 294; Arndt's im Rechtslexikon Bd. 5 S. 219 Not. 74 u. Pand. § 532; Sintenis, Civilrecht II. A. Bd. 3 § 180 IV, § 190 S. 471. 532 f.; Francke im Archiv Bd. 19 S. 178; Windscheid, Pand. III. § 615. 1.

selben als eines Sohnes des Erblassers sei diese seine Eigenschaft keineswegs (also auch nicht ihnen gegenüber) außer Zweifel gesetzt [32]); allein — fügt er hinzu — hoc ipsum (nämlich der Umstand, daß der angebliche Sohn ihres Bruders diese Eigenschaft nicht habe) *a fratribus* probari debet. Daß auch hierin eine Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen über die Beweislast überhaupt [33]), insbesondere aber auch rücksichtlich der hereditatis petitio liegt (bei der im Fragefalle die Kläger ihre Eigenschaft als Brüder, der Beklagte seine Eigenschaft als Sohn zu beweisen hatten), ist ebenso unzweifelhaft, als daß diese Abweichung — welche als solche durch die angeführten Worte augenscheinlich hervorgehoben werden soll — lediglich als eine Folge der von den Klägern früher vorgenommenen Anerkennung des Eindringlings als des Sohnes (und damit Erben) ihres Bruders angesehen sein will [34]).

Es wird schwerlich auf Widerspruch stoßen, wenn ich diese Folge der Anerkennung Jemandes als des Intestaterben für analogisch anwendbar erkläre auch auf den Fall, wo die Anerkennung einer Person als des Testamentserben und damit eines Testamentes stattgefunden hat. Dieser Ansicht ist auch Bähr [35]), wenn er die Entscheidung des Modestin durch die allgemeinen Worte: „auch der natürlichen Beweiskraft der Anerkennung kann sich Derjenige, welcher eine fremde Erbberechtigung anerkennt, nicht erwehren" an die Darstellung der Folgen der Anerkennung ungiltiger Testamente anschließt [36]).

32) Dasselbe sagen l. 13 u. 14 C. de probat. (4. 19).

33) L. 1 D. eod. (22. 3): Quoties quaereretur, genus vel gentem quis haberet, nec ne, eum probare oportet.

34) Dieser Meinung sind denn auch alle von mir verglichenen Schriftsteller: cf. Costalii Adversar. ad Pand. s. l. 1 D. h. t.; Donelli Paralipom. in Cod. s. l. 13 de probat. — welche sich des Ausdrucks bedienen: hac agnitione quasi possessionem in adversarium translatam esse, und (mit Bezugnahme auf l. 13 C. cit.): quodammodo sororem constitutam in possessione eius iuris, ut pro sorore habenda sit —; Glück, Comm. Bd. 21 S. 318 ff.; Kori im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 8 S. 102; Fuchs, daselbst Bd. 42 S. 187; vgl. auch Kierulff, Theorie I. S. 302. — Nur Cujas will an einer Stelle (Recitatt. solemn. in Lib. 12. Respons. Modestini s. l. 15 cit.) die Abweichungen von den gewöhnlichen Regeln über die Beweislast damit erklären, daß hier dem angeblichen Sohne ein dolus vorgeworfen werde. Allein es bedarf dieses — durch den Text nicht einmal, wenigstens nicht mit Bestimmtheit angedeuteten — Auskunftsmittels schwerlich, da in unserem Falle (wie in ähnlichen Fällen der Anerkennung des Vorhandenseins einer Eigenschaft, z. B. der approbatio eines gelieferten Werkes) die Anerkennung als außergerichtliches Geständniß wirksam wird.

35) A. a. O. II. A. S. 215.

36) Dies wird auch Windscheid (Pand. § 566. 2) meinen, wenn er sagt: „die nicht vertragsmäßige Anerkennung hat die Beweiskraft eines außergerichtlichen Geständnisses".

Dagegen kann ein über diese Beweispflicht hinausgehender Einfluß der Anerkennung nicht beigelegt werden. Gelingt es nämlich dem Intestaterben, die Richtigkeit des Testamentes nachzuweisen, oder findet sich der Testamentserbe von vornherein bewogen, sie zuzugestehen, so kann ihm die Berufung auf eine geschehene einfache Anerkennung in keiner Weise helfen, da diese als völlig revocable Handlung weder dem Testamente Bestand noch dem eingesetzten Erben einen Titel verleiht. Weil der einzige Ausnahmefall das Obwalten von calumnia ist (welche natürlich nicht präsumirt wird), so muß vielmehr der das Testament Verfechtende Thatsachen behaupten und nachweisen, aus denen zu entnehmen ist, daß der Kläger (Intestaterbe) durch seine vorangegangene Anerkennung und seine jetzige Anfechtung einer Frivolität sich schuldig gemacht habe[37]), wobei nach dem Obigen das arbitrium des Richters den weitesten Spielraum hat, aber der Beweis, daß die damalige Anerkennung eine wissentliche gewesen sei, für sich allein schwerlich ausreichen kann.

III.

Ganz gewiß muß man ferner Francke[38]) beistimmen, wenn er bei unserer Frage den Rechtsirrthum dem factischen gleichstellt. Allein nur deshalb, weil sich, wie schon oben bemerkt, die Rücknahme einer auf Rechtsirrthum beruhenden Anerkennung gewiß niemals als calumnia, Frivolität, ansehen lassen wird. Und diese Ansicht wird denn auch durch eine, auch von Francke herangezogene Stelle ausdrücklich bestätigt. Es sagt die l. 79 D. de legatis. II. (31):

> Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit; *iuris igno-*

37) Vgl. Francke im Archiv l. c. S. 191, Comm. S. 128, der an letzterer Stelle von seinem Standpunkte aus (dem Standpunkte der Verzichtleistung) mit Recht sagt: „dieser Verzicht ist gegen den Erben nachzuweisen, um eine Einrede der Verzichtleistung zu begründen, die durch den bloßen Nachweis der Anerkennung nicht dargethan ist"; Windscheid, a. a. O. Not. 6: „in diesem Falle muß das Wissen von der Unwahrheit des Anerkannten dem Anerkennenden bewiesen werden, nicht von ihm das Nichtwissen"; Sintenis, a. a. O. III. § 180 Anm. 2: „die Einrede ist gleich auf die wissentlich geschehene Anerkennung zu gründen"; Oldenb. Archiv Bd. 7 S. 297: „derjenige, welcher aus der Annahme eines Legates einen Ausschluß der hered. petitio (exceptione doli) ableiten will, muß die Bekanntschaft des Empfängers mit der Richtigkeit des Testamentes behaupten bezw. beweisen".

38) Archiv l. c. S. 191 ff.; Bähr, a. a. O. S. 214; vgl. Windscheid, a. a. O. Not. 6: „ebenso wenig ist Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich"; Sintenis, a. a. O. § 180 Anm. 2, der wenigstens anerkennt, daß es hier Fälle entschuldbaren Rechtsirrthums geben könne.

ratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt; non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

Hier hatten sich Freigelassene durch einen Rechtsirrthum zu einer Unterwerfung unter eine ungiltige letztwillige Disposition [39]) verleiten lassen, indem sie auf Grund derselben lange Zeit nur am Nießbrauche solcher Grundstücke theilnahmen, deren Eigenthum ihnen nach einem giltigen Testamente des früheren Eigenthümers zugestanden haben würde. Es wird entschieden, daß diese langjährige Unterwerfung unter die ihnen nachtheilige Disposition für das von ihnen nicht anerkannte Recht unpräjudicirlich sei [40]).

IV.

Mit dem von uns vertheidigten Satze, daß jedenfalls jede durch irgend welchen Irrthum veranlaßte Anerkennung eines nichtigen Testamentes eine irrelevante Handlung ist, welche den Anerkennenden von der Verfolgung der ihm gegen dasselbe zustehenden Rechte nicht ausschließen kann, scheint denn nun die bekannte l. 97 D. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2) in vollem Widerspruche zu stehen.

Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere. Pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse.

So viel geht aus derselben hervor, daß der Kaiser einmal einen Fall nach dem Votum des Papinian und im Widerspruche mit dem des Paulus (aus dessen 3. liber Decretorum die Stelle ist) gegen die vorhin ent-

39) Von einem ganzen testamentum non iure factum ist hier freilich nicht die Rede. Aber, wie gleich gezeigt werden wird, die Nichtigkeit auch nur einzelner Theile eines sonst giltigen Testamentes wird nach gleichen Grundsätzen beurtheilt.

40) Durch diesen Zusammenhang erklärt es sich ganz einfach, wie hier auch ein Rechtsirrthum entschuldigt wird; ein Umstand, den man auf die verschiedenste Weise zu entziffern sich Mühe gegeben hat. Vgl. z. B. v. Savigny, System Bd. 3 S. 441. 464 (dessen Darstellung des thatsächlichen Inhalts der Stelle unrichtig ist); Mühlenbruch im Archiv Bd. 2 S. 376. 418. — Francke im Archiv S. 193 zögert etwas, weil im vorliegenden Falle die Personen, welchen der Rechtsirrthum nachgesehen werde, Freigelassene seien, von denen eine Ausdehnung auf andere vielleicht bedenklich sei. Aber die liberti als solche sind keine in dieser Rücksicht privilegirte Klasse.

wickelten Regeln entschieden hatte. Denn nach dem Obigen muß die Willenserklärung, aus einem Testamente, welches man für giltig hält, eine Erbschaft anzutreten, unverbindlich sein, wenn es sich zeigt, daß darin die Anerkennung eines nichtigen Testamentes lag. Wie der Anerkennende dadurch nach Maßgabe der obigen Stellen sein Intestaterbrecht nicht verlieren kann, ebensowenig, sollte man meinen, kann derselbe durch eine solche Handlung auch ein auf einem älteren giltigen Testamente beruhendes testamentarisches Erbrecht verlieren. Und wenn Papinian sagt, er habe durch die Willenserklärung, aus dem späteren Testamente die Erbschaft anzutreten, die ihm in der That (wie er nicht wußte) nur aus dem ältern deferirte Erbschaft ausgeschlagen, so steht das mit einer Reihe anderer Stellen in directem Widerspruche[41]).

Wenn also die factischen Grundlagen des entschiedenen Falles die waren, welche Paulus vorträgt, so muß die auf das Votum des Papinian gestützte kaiserliche Entscheidung als verwerflich bezeichnet werden[42]). Es fragt sich aber, ob sie nicht als geltendes Recht zu betrachten sei. Die vielen für und wider geltend gemachten Gründe brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Es scheint uns unzweifelhaft, daß, indem Justinian diese Entscheidung aus des Paulus' Schriften zugleich mit der Erklärung desselben, daß dieselbe unrichtig sei, aufnahm, er die Ansicht des Letzteren billigen wollte, um so mehr, als diese und nicht die des Papinian mit den übrigen Quellenaussprüchen in Harmonie sich befindet[43]).

41) L. 13 § 1; l. 15 sqq.; l. 23 D. de acquir. hered. (29. 2). Die Worte der l. 17 pr. ibid.: „Nec is, qui non valere testamentum, aut falsum esse putat, repudiare potest“, auf unsern Fall angewandt, ergeben das unzweifelhafte Resultat, daß der Erbe, welcher das spätere Testament für giltig, mithin das ältere für ungiltig hielt, gar nicht auf die ihm durch das ältere deferirte Erbschaft verzichten kann. Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 109 f.; Francke, a. a. O. S. 205. — Man beachte auch den folgenden Passus in der berühmten l. Mater 19 D. de inoff. testam. (5. 2): „nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri, quum et hi, qui nesciant (unmöglich kann hier „sciant“ gelesen werden, besonders wegen des nachher folgenden Beispiels vom patronus), ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant.“ . . .

42) Francke (a. a. O. S. 205 ff.) versucht eine Ehrenrettung des Papinian, indem er annimmt, dieser habe die factische Seite des Rechtsfalles anders aufgefaßt, als sie Paulus vortrage. S. dagegen Sintenis, pract. gem. Civilrecht Bd. 3 S. 640 Anm. 7, und du Chesne an dem in Anm. 43 citirten Orte S. 316.

43) Vgl. über die Stelle besonders Francke, a. a. O. S. 202—208 und du Chesne in Tauchnitz' Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. 15 Hft. 4 (1857) S. 311—334, von welchem Letzteren die Einwendungen der wenigen Gegner (Caldera Var. Lect. Lib. 1 c. 5 in Meermann: Thesaur. Vol. 3 p. 598;

Nach allem Diesem unterliegt also der Satz der l. 5 pr. D. de his, quae ut indignis aufer. (34. 9), welcher an die Spitze dieser Erörterung gestellt wurde:

Schott, Comm. in Orat. Pertin.; Opusc. jurid. Lips. 1770 p. 74) treffend widerlegt werden. Auch finden sich daselbst zahlreiche literarische Notizen. Unter den Anhängern der richtigen Ansicht sind zu nennen: Duareni Comm. ad h. t. (D. 29. 2) cap. 9 (Opp. p. 464); Ant. Fabri Error. Pragm. Dec. 71 Err. 1; Conject. Lib. 6 c. 19; Voet, Comm. ad Pand. Lib. 29 tit. 2 § 37 (macht eine Ausnahme im Fall eines Rechtsirrthums und bezieht hierauf die Entscheidung des Papinian); Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 466, Bd. 43 S. 109 f.; Puchta, Pand. u. Vorles. § 499; Sintenis, a. a. O. Bd. 3 § 201 Anm. 7 S. 640; Bähr, Anerkennung S. 215. — Der bei Emminghaus im Archive Bd. 22 S. 274 erwähnte und in Seuffert's Archiv Bd. 5 S. 412 ff. ausführlich mitgetheilte Rechtsfall, bei welchem es auf die Interpretation der l. 97 cit. ankam, ist in erster und dritter Instanz (Erk. des O.A.G. zu Jena vom 3. Febr. 1837) im Sinne Papinians in der zweiten aber (vom Schöppenstuhle zu Jena, 1834) in dem nach unserer Ueberzeugung richtigen Sinne des Paulus entschieden worden. Die dritte Instanz, das O.A.G. zu Jena, gründete seine Entscheidung übrigens vorzüglich mit darauf, daß der Erbe, welcher die Erbschaft aus dem späteren Testamente antrat, dieses nicht in Folge eines factischen, sondern in Folge eines rechtlichen Irrthums anerkannt hatte (die Richtigkeit desselben beruhte nämlich darauf, daß der eingesetzte Erbe selbst das ganze Testament, insbesondere die Erbeinsetzung geschrieben hatte). — Im Großherzogthum Sachsen-Weimar ist unsere Controverse, wohl mit aus Anlaß dieses Rechtsfalles, durch ein eigenes, übrigens über den speciellen Fall weit hinausreichendes und die ganze von uns behandelte Lehre berührendes Gesetz (v. 1. April 1839) entschieden. Es lautet: „Weder durch die Anerkennung eines ungiltigen letzten Willens noch durch den Antritt der aus einem solchen vermeintlich angefallenen Erbschaft, noch durch die Annahme desjenigen, was darin vermacht worden ist, geht das Recht verloren, die durch eine giltige Verordnung oder durch das Gesetz selbst angefallenen Vortheile aus demselben Nachlasse zu erwerben." (Vgl. Emminghaus, a. a. O. S. 273 ff.) — In einem anderen ebenso interessanten Falle, welchen du Chesne (a. a. O. S. 322 ff.) mittheilt, entschieden sowohl die dritte wie die vierte (Leuterungs-) Instanz in ausführlicher Begründung für die Giltigkeit der Paulinischen Ansicht (Beides Erkenntnisse des O. A. G. zu Dresden aus dem Jahre 1856; die früheren Instanzen waren auf die Frage nicht eingegangen). — Ein dritter hierher gehöriger Fall findet sich bei Pufendorf (Obss. iur. univ. Vol. 2 Obs. 99; Cellisches Erk. vom 11. März 1747). Ein in zwei Testamenten eingesetzter Erbe hatte aus dem späteren, obwohl es, wie er wußte, vollkommen nichtig war, und obwohl er in demselben mehr beschwert war, als in dem älteren, die Erbschaft angetreten. Wegen seiner nachherigen Weigerung, die Legate vollständig zu entrichten, verklagt, schützte er nun noch die Nichtigkeit des Testamentes vor, welches wegen dieser Eigenschaft auch in Folge einer Anerkennung nicht convalesciren könne. Er wurde indessen nach dem Klagantrag verurtheilt (wohl mit Recht, insofern sein Benehmen als frivol zu bezeichnen war), jedoch aus folgendem, mindestens nicht quellengemäßem Grunde: er sei durch Antretung der Erbschaft in ein Quasi-Contractsverhältniß zu den Legataren getreten, und da er hieraus ihnen obligirt sei, so

„Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere“ — allerdings einer Beschränkung, aber nur für den Fall, wo in der Anfechtung nach geschehener Anerkennung eine calumnia gefunden werden würde.

§ 3.

2. Andere letztwillige Verfügungen.

Bislang ist nur die Rede gewesen von den Erfordernissen der bindenden Anerkennung nichtiger Testamente.

Es ist nun kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß rücksichtlich anderer letztwilliger Anordnungen nicht dieselben Regeln gegolten hätten. Was von der Anerkennung nichtiger Testamente gilt, das muß auch, sollte man meinen, gegolten haben bei nichtigen Codicillen und anderen selbstständigen letztwilligen Verfügungen, oder wenn einzelne Theile sonst giltiger Anordnungen nichtig waren. So ist es denn in der That. Auch hier gilt die Hauptregel: die Anerkennung einer nichtigen Verfügung ist an sich ein irrelevanter Act.

Dies sagt die auf selbstständige fideicommissarische Anordnungen zu beziehende l. 23 C. de fideicomm. (6. 42) ausdrücklich:

Si veritas vel solemnitas iuris deest, nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti, vel transactionis causa stipulantibus promisisti negotiumque integrum est, ad solutionem urgeri non potes.

Mit ihr muß die l. 16 § 1 C. de testam. (6. 23) verbunden werden, die von ähnlichen Anordnungen, zugleich aber von Legaten u. s. w. spricht, welche in einem an sich giltigen Testamente ungiltig (den Gesetzen zuwider) hinterlassen sind. Sie sagt:

Illud etiam adiiciendum est, ut, qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit, etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixa, tamen, si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.

hätten sie nicht nöthig, mit ihm über die Giltigkeit des Testamentes zu streiten. Auch die Hinzufügung, daß es überdies unzweifelhaft sei, daß, wer einmal ein Testament anerkannt habe, die B. P. contra tabulas nicht mehr agnosciren könne, hinkt, weil, wie unten gezeigt werden wird, von dem bei dieser geltenden Rechte noch kein Schluß auf das bei nichtigen Testamenten geltende zulässig ist.

Ferner gehört hierher die l. 2 C. de fideicomm. (6. 42):
Etsi inutiliter fideicommissum relictum est, tamen si heredes, comperta voluntate defuncti, praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt, frustra ab heredibus eius de ea re quaestio tibi movetur, quum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur.

Hier war also ein Fideicommiß inutiliter hinterlassen. Die Erben gaben nach Kenntnißnahme von dieser letztwilligen Verfügung die vermachten Güter an den Bedachten. Es wird nicht erwähnt, ob sie damals die Ungiltigkeit derselben kannten. Der Kaiser weist nun die Erben mit ihrer Klage zurück, weil der Hauptgrund der Erfüllung des auferlegten Fideicommisses Pietät gegen den Verstorbenen gewesen sei.

Die in diesen Stellen hervorgehobenen Ausnahmen, beziehungsweise der Grund, weshalb die vorgekommene Anerkennung für bindend erachtet wird — si amplexus parentis voluntatem relicta dedisti [1]), si sua sponte (voluntatem) agnoverit, si ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum est — können nun nach der gebrauchten Ausdrucksweise nicht wohl anders, als von solchen Fällen verstanden werden, wo die Agnitationshandlung bei vorhandener Kenntniß der Ungiltigkeit der Hinterlassung vorgenommen war. Dies muß auch von der dritten Stelle nach dem beigefügten Entscheidungsgrunde angenommen werden. Denn nur wenn die Erben wußten oder glaubten, daß das Fideicommiß inutiliter hinterlassen sei, und es dennoch erfüllten, kann von einer Pietät, von einem satisfacere voluntati defuncti die Rede sein; unmöglich aber dann, wenn sie im Glauben, daß die Disposition giltig, und sie deshalb zur Erfüllung verpflichtet waren, gezahlt hatten.

Die angeführten Ausnahmen beziehen sich daher allerdings auf Acte der ächten Anerkennung, bei denen die Kenntniß der Ungiltigkeit des Anerkannten vorausgesetzt werden muß. Characteristisch ist aber, daß diese Stellen die Nichtexistenz eines Irrthums (auf dessen Nichtvorhandensein sie nur implicite schließen lassen) gar nicht als Ent-

1) Die in l. 23 cit. ferner erwähnte Ausnahme: vel transactionis causa stipulantibus promisisti (womit auch die folgenden Worte: negotiumque integrum est verbunden werden müssen) gehört nicht eigentlich hierher, wo nur von dem einseitigen Acte der Anerkennung die Rede ist. Sie bezieht sich in unserer Stelle auf den Fall: si veritas deest, d. h. wo die letztwillige Anordnung unächt, gefälscht oder untergeschoben ist, indem hier von einem amplecti parentis voluntatem — da ein wirklicher letzter Wille des Erblassers gar nicht vorliegt, nicht die Rede sein kann. Vgl. unten § 8.

scheidungsmotiv angeben, vielmehr aus dem Grunde der Anerkennung Wirksamkeit beilegen, weil ihr Motiv Pietät gegen den Erblasser war. Auch hieraus ergiebt sich mit Sicherheit, daß nicht absolut die Existenz eines Irrthums das Entscheidende war, sondern daß als entscheidendes Moment etwas Anderes galt, was, wie gezeigt, das Nichtvorhandensein oder Nichtvorhandensein von Frivolität war — verschiedene Begriffe, die sich, wenn auch häufig, doch nicht überall decken. Und in dieser Beziehung geben unsere Stellen denn dafür den Beweis ab, daß auch die leichtsinnige Mißachtung des Andenkens des Erblassers, die darin gefunden werden muß, wenn der Erbe die Anfangs aus Pietät zu erkennen gegebene Absicht, den letzten Willen zu erfüllen, nachträglich zurücknimmt, der eigentlichen calumnia gleichgestellt wurde.[2])

Ganz übereinstimmend hiermit betont denn auch eine andere, in das Gebiet der vertragsmäßigen Anerkennung gehörende Stelle in den Pandecten[3]) bei der Frage, ob ein ungiltiges Fideicommiß, welches zu zahlen der Erbe durch Stipulation sich verpflichtet hatte, gefordert werden könne, neben dem Momente der Kenntniß der Ungiltigkeit noch die Absicht, dem Willen des Erblassers gerecht zu werden, wenn sie sagt:

> Fideicommissum in stipulatione deductum, tametsi non debitum fuisset, *quia tamen a sciente fidei explendae causa promissum* esset, debetur.

Allerdings könnte gegen die Bedeutung dieser Stellen angeführt werden l. 7 C. de condict. indeb. (4. 5):

> Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse, explorati iuris est, —

wenn man darauf, daß hier nur der factische Irrthum erwähnt wird, irgend Gewicht legen dürfte. Allein dies für einen bestimmten Rechtsfall erlassene Rescript gewährt weder einen Einblick in den Grund, weshalb das Fideicommiß oder Legat indebitum war, noch gestattet es die Auslegung: daß nur im Falle eines factischen Irrthums die Rückforderung zulässig sei; wie denn überhaupt zweifelhaft bleibt, ob die irrthümliche Auszahlung überhaupt als Anerkennung einer ungiltigen Disposition hat qualificirt werden sollen.

Ebensowenig beweist — aus denselben Gründen — l. 2 C. si adv. solutionem (2. 33):

> Indebito legato, licet per errorem iuris a minore soluto,

2) Vgl. § 2 S. 18.
3) L. 62 D. de condict. indeb. (12. 6).

repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.[4])

Erwähnt muß hier noch die l. 1 C. de fideicomm. (6. 42) werden, welche in einem Falle, wo die Erbin die ihr fideicommissarisch auferlegte Zahlung einer Monats- oder Jahresrente längere Zeit geleistet, nachher aber die Fortzahlung verweigert hatte, die fernere Verabreichung und die Nachzahlung der rückständigen Raten der Erbin auferlegt, wenn bewiesen werden würde, daß sie „secuta voluntatem defuncti per multum temporis, id est non minus in tali causa triennio" das Hinterlassene prästirt habe. Sie muß natürlich von einem ungiltig hinterlassenen Fideicommiß verstanden werden[5]), giebt indessen über unsere Frage keine weitere Auskunft, als daß bei annuis legatis nur an längere Zeit wiederholte Präſtationen die Wirkung geknüpft wird, welche sonst eine einmalige Anerkennung nach sich zieht.[6])

§ 4.

3. Ungiltige Theile sonst giltiger Dispositionen, insbesondere rücksichtlich der Quarta Falcidia.

I.

Wenn in einer sonst rechtsbeständigen Verfügung, z. B. in einem Testamente, Anordnungen vorkommen, welche ungiltig sind (inutiles, legibus non subnixae), so muß man consequenter Weise hinsichtlich solcher ganz dasselbe gelten lassen, was bisher von der Nichtigkeit ganzer letztwilliger Dispositionen gesagt ist. Dies spricht auch die im § 3 angeführte l. 16 § 1 C. de testam. (6. 23) aus, eine Stelle, welche gerade auch den Fall berührt, wo der Testamentserbe solche in dem Testamente getroffene Anordnungen, welche legibus non subnixae waren, freiwillig anerkannt hatte. Vgl. auch die im § 2 (S. 24) besprochene l. 79 D. de legatis II. (31) und die im § 3 ferner besprochenen Stellen.

4) Vgl. zu diesen Stellen Bähr a. a. O. S. 220, der die Anwendbarkeit nur der Condictionen-Lehre auf diese Fälle auf das zwischen dem Erben und dem Legatar bestehende obligatorische Verhältniß zurückführt.

5) Vgl. Donelli Comm. absol. in Cod. s. h. l.; Giphanii Enarrat. in Cod. ibid. (Francof. ad Moen. 1631. Vol. 2, pag. 152 sqq.); Perezii Praelect. in Cod. Lib. 6, Tit. 42, § 8.

6) Der Grund hiervon ist bereits oben § 1, Anm. 11 angegeben.

Die hierher gehörigen Fälle können natürlich sehr mannigfaltig sein[1]). Es kann z. B. verbotswidrig dem Nutznießer die cautio usufructuaria erlassen, dem Erben (was nach älterem Rechte verboten war) der Abzug der Quart untersagt, es können unzulässige Bedingungen auferlegt sein u. s. w. u. s. w.[2]) Vgl. übrigens § 17 Anm. 2.

Hier ist nun zunächst hervorzuheben, daß aus der einfachen Anerkennung des Testamentes, in welchem die ungiltige Anordnung enthalten ist, regelmäßig noch keine Unterwerfung unter die letztere zu entnehmen ist[3]). Hier wird vielmehr ein Anerkennungsact erfordert werden müssen, welcher in specieller Beziehung zu dem ungiltigen Theile der Disposition steht. Wer z. B. ein Testament anerkannt hat, präjudicirt sich schwerlich hierdurch allein hinsichtlich der einem zum Nutznießer eingesetzten Miterben erlassenen usufructuarischen Caution, wohl aber, wenn er den Nachlaß, ohne solche zu fordern, an den Nutznießer aushändigt oder ihm sonst zu der Ausübung des Nießbrauchs behilflich ist[4]).

Es folgt dies theils aus der Natur der Sache, da das giltige Testament anerkannt werden muß, unter Umständen selbst die Antretung aus demselben erst die Mittel an die Hand giebt, die in ihm enthaltenen ungiltigen Anordnungen mit Erfolg zu beseitigen[5]). Theils kann man sich

1) In der mir zugänglichen Literatur finde ich sie nirgends — in diesem Zusammenhange — erwähnt. Ueber den Fall, wenn eine Anordnung, die der Belastete zu erfüllen sich bereit erklärt hat, in einer ihm unbekannt gewesenen spätern Disposition wieder beseitigt ist (l. 3 § 7 D. de cond. c. d. 12. 4) und den verwandten Fall in l. 12 § 2 D. de inoff. testam. (5. 2) — vgl. § 11 a. E.

2) Zieht man hierher alle Auflagen, die aus irgend welchem Grunde der damit Belastete nicht zu erfüllen braucht, bei denen aber zugleich eine bindende Unterwerfung denkbar ist, so ist die Zahl der Fälle unerschöpflich. Nicht selten kommt es z. B. vor, daß der Erblasser Dispositionen über das Vermögen des Erben getroffen hat. Ist der Letztere, sobald er die Erbschaft aus dem Testamente antritt, zu deren Erfüllung verpflichtet? — vgl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1848 S. 94 ff.; Sächs. Zeitschr. f. Rechtspflege. N. F. Bd. 15 S. 404. — Die Fälle, wo Nichtigkeit der Erbeinsetzung vorliegt, gehören nicht hierher, weil deren Nichtigkeit das ganze Testament nichtig macht (Ausnahme beim Verstoße gegen die Vorschriften der Nov. 115; vgl. § 15).

3) Vgl. § 1. I. (S. 2).

4) Vgl. den in der Braunschw. Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 17 S. 55 ff. abgedruckten Rechtsfall. — Andere Fälle: die Anerkennung des Testamentes involvirt nicht die Anerkennung der darin enthaltenen Vermögensangaben des Testirers — s. Sammlung der Entscheid. des O. A. Gerichts zu Lübeck in Frankf. Rechtssachen I. S. 243; die Anerkennung des Testamentes und der Erbschaftsantritt enthält keinen Verzicht auf die Quarta Falcidia — s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1853 S. 73 f.; Sächs. Zeitschr. f. Rechtspflege a. a. O. S. 403.

5) Da z. B. aus der Antretung aus einem giltigen Testamente noch kein sicherer Schluß auf die Absicht, auch ungiltige Anordnungen desselben zu erfüllen,

hierfür auf die Analogie der hinsichtlich der actio suppletoria (s. unten § 15 I.), vor Allem aber der in Bezug auf den Abzug der Quarta Falcidia erlassenen Bestimmungen berufen, indem bei der ersteren ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß die Anerkennung des Testamentes an sich den im Pflichttheile Benachtheiligten nicht bindet, und eine Unterwerfung unter den den Abzug der Quart ausschließenden Willen des Erblassers nur in der unverkürzten Zahlung oder dem Versprechen der unverkürzten Zahlung gefunden wird [6]).

Uebrigens finden sich für die Behandlung ungiltiger Anordnungen in sonst giltigen Dispositionen in unseren Quellen außer den angeführten meines Wissens keine Aussprüche weiter, und nur die Frage, in wie fern der zum Abzuge der *Quarta Falcidia* Berechtigte durch stillschweigende oder ausdrückliche Unterwerfung unter den entgegenstehenden Willen des Erblassers diesen Anspruch verliere, ist mit besonderer Sorgfalt behandelt.

II.

Indem ich mich nun zu dieser Materie [7]) wende, kann ich vorausschicken, daß auf die in der Absicht, dadurch den Willen des Erblassers zu erfüllen, vorgenommene Unterlassung des Abzuges der Quart, beziehungsweise das Versprechen, unverkürzt zu zahlen, in unseren Quellen im Ganzen eben-

zu machen ist, so ist ein darauf abzielender Vorbehalt (protestatio) zwar eine angebrachte Cautel, aber sicher nicht nothwendig. Vgl. l. 14 § 8 D. de religios. (11. 7).

6) Dafür spricht auch l. 45 pr. D. de fideic. libert. (40. 5). Hier hatte der Testator einem Schuldner in seinem Testamente, indem er die Schuld erließ, aufgegeben, die dafür verpfändete Sclavin freizulassen. Der Schuldner ist hierzu, heißt es, selbst wenn der Werth der Sclavin den Betrag der Schuld überstieg, auch verpflichtet, *si modo semel agnovit voluntatem creditoris.* Dann fährt aber Ulpian fort: agnovisse autem sic accipimus, si forte, quum conveniretur ab herede (nämlich auf Zahlung der dem Erblasser schuldigen Summe), *usus est exceptione* (nämlich aus der testamentarischen Anordnung, der liberatio legata) *vel alias voluntatem suam ostendit. ...* Das gewählte Beispiel der Anerkennung deutet recht an, daß der Anerkennungsact sich speciell auf die Auflage des Testators, um deren Erfüllung es sich handelt, beziehen muß. (Uebrigens war in diesem Falle die Auflage an sich nicht ungiltig: „fideicommissariam libertatem utiliter relictam a debitore"; doch war der Belastete von vornherein, wenn er die liberatio legata ablehnte, zur Erfüllung der Auflage nicht verpflichtet.)

7) Was von der Falcidischen Quart bei Legaten gilt, findet auch Anwendung hinsichtlich des Abzuges der Quart bei Universal-Fideicommissen. Wo also im Folgenden nur von Legaten die Rede ist, da ist dies zugleich zu verstehen auch von der (unverkürzten) Restitution einer Erbschaft.

falls diejenigen Grundsätze angewendet sind, welche von der Anerkennung **nichtiger** Dispositionen gelten[8]).

Legate nämlich, welche die durch die Lex Falcidia gesetzte Gränze überschreiten, sind insoweit **nichtig**, als dies der Fall ist[9]). Es folgt dies schon daraus, daß die Lex Falcidia ein Prohibitivgesetz ist, welches **verbietet**, dem Erben mehr als $^3/_4$ des Nachlasses zu entziehen[10]). Noch Justinian sagt im pr. J. de Lege Falcidia (2. 22)[11]):

. . . novissime lata est Lex Falcidia, qua cavetur, *ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum*, id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.

Ausdrücklich wird daher ausgesprochen[12]), daß die Legate, welche der Lex unterworfen sind, ipso iure um so viel kleiner werden: „quodsi excesserit quis (testator) dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur" . . .; und in ähnlicher Ausdrucksweise: „portio Legis Falcidiae apud heredem *ipso iure* remanet"[13]). Ganz damit übereinstimmend giebt endlich **Scävola** die **Vindication** des durch die Lex Falcidia betroffenen Theils einer theilbaren Sache, welche sich bereits zur Todeszeit in den Händen des Legatars befand[14]).

8) Die im Folgenden behandelte Frage ist von den Schriftstellern meines Wissens bisher nicht in Zusammenhang mit der Anerkennung ungiltiger letztwilliger Dispositionen gebracht. Sie fällt aber unzweifelhaft unter denselben Gesichtspunkt, wenn auch die Römischen Juristen sie ohne ausgesprochene Rücksicht auf jenes Rechtsinstitut und selbstständig für sich ausgebildet haben mögen.

9) Vgl. v. **Savigny**, System Bd. 4 S. 270.

10) Man vgl. die Fassung des Gesetzes in l. 1 pr. D. ad Leg. Falcid. (35. 2). Ueber die Qualität desselben als lex perfecta oder imperfecta s. jetzt auch **Voigt** über die condictiones ob causam S. 233 Anm. 159 u. S. 554 ff., der sie für eine lex imperfecta erklärt.

11) Nach **Gaius** II. § 227: ... Lex Falcidia, qua cautum est, *ne plus legare liceat quam dodrantem;* itaque *necesse* est, ut heres quartam partem hereditatis habeat.

12) L. 73 § 5 D. h. t. (35. 2). Vgl. aber **Kniep**, die Mora des Schuldners I. (Rostock 1871) S. 360 ff.

13) L. 1 § 5 D. quod legator. (43. 3); vgl. auch l. 3 § 2 D. h. t. (35. 2): *„tantum videri legatum, quantum sufficiat"* . . .

14) L. 26 pr. D. h. t. (35. 2). — So unzweifelhaft diese Stellen zu sein scheinen, so ist doch eine weitläufige Controverse über ihren Inhalt entstanden, welche durch ein Mißverständniß der l. 18 C. h. t. (6. 50) veranlaßt ist. Erst durch diese, meinte **Cujas** (Obs. et Emend. Lib. 8 c. 2), habe der Erbe neben der ihm zustehenden retentio eine vindicatio erhalten. Sein Versuch, die obigen Stellen zur Seite zu schieben, ist höchst unglücklich. Ihm schließt sich **Ranchinus**, Var. Lect. Lib. 3 c. 5 i. f. (**Ottonis** Thesaur. Vol. 5 p. 954) an; vgl. unten S. 45. Andere

Wo sich nun in einer testamentarischen Anordnung ein Widerstreit zwischen den Vorschriften des Falcidischen Gesetzes und dem Willen des Erblassers findet — und ein solcher wird überall da anzunehmen sein, wo auch ohne ausdrückliches Verbot des Abzuges der Quart die durch das Gesetz bestimmte Gränze überschritten ist [15]) — da können eben die Fragen in Betracht kommen, welche bei der Anerkennung an sich nichtiger letztwilliger Dispositionen gelten. Der Erbe kann sich dem entweder ausdrücklich oder implicite ausgesprochenen Willen seines Erblassers, welcher die Vorschriften der Lex Falcidia umgeht, unterwerfen, er kann auch hier „iudicium defuncti sequi" wollen.

Daß dem Erben der Verzicht auf die Quart zustehe, ist selbstverständlich [16]). So sagt l. 71 D. h. t. (35. 2), der Erbe könne bei dem Verkaufe einer Erbschaft ausmachen, daß der Käufer derselben die Legate, auf welche an sich die Lex Falcidia anwendbar war, unverkürzt auszahle. Er kann dies, heißt es in der Stelle, „quia ea lex heredis causa lata est; nec fraus ei fit, si ius suum deminuat heres [17]).

Meinungen s. Ant. Fabri Conjectur. Lib. 6 c. 2; Bynkershoek, Obss. Lib. 7 c. 7; Wieling, Lect. iur. civ. Lib. 2 c. 31. Die richtige Ansicht hat Voorda, Comm. ad Leg. Falcid. cap. 13 § 3, dem Püttmann (Interpretatt. et Obss. cap. 34 p. 175 sqq.) folgt.

15) Man vgl. die Fassung der l. 5 § 15 D. de donatt. inter V. et U. (24. 1); l. 46 D. h. t. (35. 2); l. 20 § 1 D. de donatt. (39. 5); l. 9; l. 19 C. h. t. (6. 50); Nov. 1 cap. 3. — Da nach Nov. 1 c. 2 § 2 die Bestimmung der Lex Falcidia durch eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers ohne Weiteres außer Kraft gesetzt werden kann, so kommt es im heutigen Rechte nur noch auf den Fall an, wo ohne ausdrückliches Verbot, die Quart abzuziehen, dem Erben weniger hinterlassen ist, als dieselbe betragen würde. — (Vgl. über diese Stelle übrigens besonders Heimbach in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß Bd. 13 S. 369 ff.)

16) Nur ist ein solcher dann nicht bindend, wenn er vor dem Tode des Erblassers abgegeben ist. Wenn der Letztere, um die Lex zu umgehen, bei seinen Lebzeiten den Testamentserben dahin gebracht hatte, daß dieser durch eine Pönalstipulation dem Legatar gegenüber sich verpflichtete, dessen Legat unverkürzt auszuzahlen, so ist dies nichtig: „privatorum cautione", sagt l. 15 § 1 D. h. t. (35. 2) „legibus non esse refragandum constitit; it ideo sororem (die Testamentserbin) iure publico retentionem habituram, et actionem ex stipulatu denegandam." Vgl. hierzu v. Vangerow, Pand. VII. A. Bd. 2 § 538 Anm. II. 1.

17) Bekanntlich geben pr. J. h. t. (2. 22) und Gaius Comm. II. § 224 ff. in der historischen Entwickelung einen andern Grund für die Entstehung der Lex Falcidia an, den nämlich, daß die Testamente, der Wille des Testirers, mehr möchten aufrecht erhalten werden; — die Lex wäre danach also eher testatoris causa erlassen. Aber Beides widerstreitet sich nur scheinbar. Denn die durch die Lex Falcidia eingeführte Neuerung zu Gunsten des Erben sollte gerade zur Folge haben, daß die letzten Willen in der That häufiger bestehen blieben, weil nach Erlaß der Lex die Testa-

Abgesehen von dem eigentlichen Verzichte gibt es nun aber auch hier Willensäußerungen des Erben, welche dieselben Folgen nach sich ziehen. Es sind hieher zu rechnen: unverkürzte Zahlung der der Lex Falcidia unterworfenen Legate (resp. unverkürzte Restitution einer der Trebellianica unterliegenden Erbschaft), und das Versprechen, keinen Abzug vorzunehmen. Dadurch, daß die Quellen diese Handlungsweisen keineswegs unter den Begriff des Verzichtes, der repudiatio, bringen, sondern wieder, wie sich gleich zeigen wird, als Unterwerfung unter den Willen des Verstorbenen auffassen (so daß das daraus folgende Aufgeben von Ansprüchen, das Verzichten, nur als secundär erscheint), müssen wir zu der Annahme gebracht werden, daß auch hier dieselben Regeln anwendbar sein müßten, welche bei sonstiger Anerkennung letztwilliger Anordnungen gelten. Das ist denn auch nur scheinbar nicht der Fall.

a. Was zunächst den Fall betrifft, wo ein der Lex Falcidia unterworfenes Legat unverkürzt gezahlt ist, so gilt als Regel, daß die nachherige Geltendmachung der Lex nur dann noch zulässig sei, wenn in Folge eines factischen Irrthums überhaupt oder zu viel gezahlt worden war; dem Erben wird die condictio indebiti verweigert; ein Rechtsirrthum also entschuldigt nie [18]).

Dies sagen ausdrücklich:

l. 9 C. h. t. (6. 50):

Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui *sciens* se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet; *quin etiam si ius ignoraverit, cessat repetitio.*

l. 20 § 1 de donatt. (39. 5):

. . . quemadmodum enim, si solvisset, fidem testatori suo adimplesse videbatur, et nulla ei repetitio concessa fuerat . . .

l. 19 C. h. t. (6. 50):

Quum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non posse postea rationem Legis Falcidiae praetendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi . . .

mentserben, die wenigstens einigen Vortheil aus denselben hatten, sich seltener weigerten, die Erbschaft anzutreten. Vgl. übrigens Dernburg im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 47 S. 291 ff.

18) Ist der Irrthum böswillig vom Legatar selbst veranlaßt oder benutzt, so hat der Erbe gegen ihn die actio de dolo: l. 23 D. de dolo malo (4. 3).

Desgleichen die bekannte l. 9 § 5 D. de iuris et facti ignor. (22. 6), wo es heißt: „Si quis *ius ignorans* Lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola Divi Pii.“ Es wird dann eine epistola der Kaiser Severus und Antoninus citirt, welche beginnt: „Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest,“ und schließlich nach der Application dieses Satzes auf den ihnen vorgelegten Rechtsfall entscheidet: „quodsi ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi Legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant *ignorantiam facti, non iuris prodesse*, nec stultis solere succurri, sed errantibus“ — woraus denn Paulus als allgemeinen Grundsatz entwickelt: „Item et illa pars (epistolae) aeque generalis est, ut qui *iuris ignorantia* legis Falcidiae beneficio usi non sunt, non possint repetere“ . . .

Endlich sagt Nov. 1 cap. 3 (nach der Uebersetzung im Kriegel'schen Corpus juris) . . . Neque vero iis, qui, quum id ab initio sciant, incaute tamen solvunt, permittimus postea negotia facere accipientibus et ab illis solutum recipere velle. Antequam enim agas, consilium capiendum, et res ad effectum perducenda est, non autem, ubi recte feceris, ad iniquitatem animum convertere oportet, nisi forte iusta quaedam causa id suadeat, et inopinati quid emergat, quod substantiam minuat, et locum faciat repetitioni.“

Und von der Trebellianica heißt es in der gleich zu citirenden l. 5 § 15 D. de donatt. inter V. et U. (24. 1) . . . „Hoc ita, si non per errorem calculi fecit; ceterum indebiti fideicommissi esse repetitionem, nulla dubitatio est.“

Der in diesen Stellen enthaltene Satz, daß nur im Fall eines factischen Irrthums (insbesondere über die Größe der Erbschaft und das Verhältniß der Legate zu derselben) die repetitio, condictio indebiti zuläßig sei, ist ganz conform mit den Regeln über diese letztere. Wer wissentlich oder nur durch einen Rechtsirrthum veranlaßt ein indebitum zahlt, dem steht bekanntlich diese Klage nicht zu [19]). Aber während sonst regelmäßig das wissentliche Zahlen einer Nichtschuld als Liberalität, Schenkung [20])

19) L. 10 C. de iur. et facti ignor. (1. 18); l. 1 § 1 D. de cond. indeb. (12. 6); l. 53 D. de R. J. (50. 17); cf. l. 7 C. de cond. indeb. (4. 5); l. 2 C. si advers. solut. (2. 33). — In Bezug auf das im Texte besprochene Rechtsverhältniß wenigstens wird in den Quellen der Unterschied nicht in die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums gesetzt, sondern der rechtliche Irrthum direct dem factischen entgegengesetzt.

20) L. 47 D. de operis libert. (38. 1); l. 7 § 2 D. pro emtore (41. 4); l. 12 D. de novat. (46. 2); l. 53 D. de R. J. (50. 17).

dargestellt wird, hier tritt dieser Gesichtspunkt vollständig zurück. Die sämmtlichen bisher citirten Stellen lassen den Umstand, daß in der unverkürzten Zahlung eines Legates ꝛc. zugleich ein Verzicht zu Gunsten eines Andern (des Legatars) liegt, ganz außer Acht und betonen ausschließlich die Seite, daß darin ein Sichunterwerfen, ein Anerkennen eines letzten Willens ersichtlich ist[21]). Am directesten findet sich diese Ansicht in der merkwürdigen l. 5 § 15 D. de donatt. inter V. et U. (24. 1) ausgesprochen, wo ihre practische Wichtigkeit veranschaulicht wird. In dieser Stelle, welche von der Trebellianischen Quart spricht, heißt es wörtlich: „Wenn Jemandem aufgegeben ist, nach Vorwegnahme einer bestimmten Summe seiner Ehefrau die Erbschaft zu restituiren, und er nun ohne Abzug restituirt hat, so scheint der Ehemann, wie Celsus im 10. Buche seiner Digesten sagt, mehr sich einer Pietätspflicht zu entledigen („magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum"), als zu schenken; und Celsus hat als Grund dieser Ansicht ganz richtig hinzugefügt, daß die Meisten in einem solchen Falle mehr eine Gewissenspflicht zu erfüllen, als eine Liberalität zu üben glauben, und es so ansehen, als wenn es nicht das Ihrige sei, was sie aus fremdem Vermögen unverkürzt herausgeben, indem sie dem Willen des Erblassers folgen; und nicht mit Unrecht nehmen wir oft an, daß der Erblasser etwas gewollt habe, ohne daß er es doch geboten hat. Eine Ansicht (fügt Ulpian hinzu), welche mehr Grund hat in Beziehung auf den, welchem nicht aufgegeben war, nach Abzug der Quart zu restituiren, und der dennoch mit Aufgebung des ihm aus dem Senatusconsulte zustehenden Vortheils „integram fidem" präštirt hat[22]); denn dieser erfüllt in der That eine Gewissenspflicht („fidem exsolvit"), wenn er sich dem Willen des Erblassers unterwirft. Dieses jedoch, wenn er es nicht aus Anlaß eines Rechnungsfehlers gethan hat; sonst ist kein Zweifel, daß ihm die Rückforderung des nichtschuldigen (Theils des) Fideicommisses zustehe."

21) Erxleben, die Condictiones sine causa I. S. 62 vgl. S. 79 ff., verkennt dies mehr oder weniger, wo er unsere Stellen — zu einem anderen Zwecke — benutzt. Die im Texte besprochene l. 5 § 15 scheint er ganz übersehen zu haben. Vgl. auch die im vorigen Paragraphen erwähnte l. 62 D. de condict. indeb. (12. 6).

22) Ulpian meint: bei vollständiger Herausgabe der Erbschaft könne von einer Erfüllung der Absicht des Testirers eigentlich in dem Falle nicht die Rede sein, wenn der Letztere selbst den Abzug angeordnet habe; wo aber Jemandem ohne alle Hinzufügung aufgegeben sei, zu restituiren („is, qui non erat deducta quarta rogatus restituere"), da müsse man annehmen, der Erblasser habe den Abzug der Quart nicht gewollt. (Dieser Theil der Stelle ist im Sintenis'schen deutschen Corpus juris völlig mißverstanden; in den Basiliken [XXX, 1. 5 § 10], welche die Stelle nur im Auszuge geben, werden beide Fälle einander ganz gleich gestellt.)

Wenn hier also dem Ehemanne, welcher, ohne die Quart abzuziehen, seiner Ehefrau die ganze Erbschaft herausgegeben hatte, dann, wenn der Grund hievon die Erfüllung einer Pietätspflicht war[23]), die nachträgliche Geltendmachung der Quart (abgesehen von dem Falle, wo ein factischer Irrthum zum Grunde lag) verweigert wird, weil in seiner Handlungsweise eben keine unter Ehegatten verbotene Liberalität zu erblicken sei; — dann dürfen wir uns nicht mehr wundern, wenn eine andere hieher gehörige Stelle, die l. 1 C. h. t. (6. 50), sich folgendermaßen ausdrückt:

Scire debes, omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendae portionis exhiberes, *non videri plus debito solutum esse*;

d. h. wer deshalb, um bei der ihm auferlegten Restituirung eines Erbtheils den Willen des Erblassers in höherem Maße zu erfüllen, den Abzug der Quart unterlassen hat, der scheint keineswegs mehr als er schuldig war gezahlt zu haben[24]); — oder wenn Paulus (Rec. Sent. Lib. 4 Tit. 3 § 4) sagt:

Qui totam hereditatem restituit, quum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest; *nec enim indebitum solvisse videtur*, *qui plenam fidem defuncto praestare maluit.*

Man muß daher zu dem Satze gelangen, daß, wo offenbar Pietät gegen den Erblasser der Grund der unverkürzten Aushändigung war, von einer condictio *indebiti* gar nicht die Rede sein könne, weil der Erbe selbst es gar nicht so ansah, als zahle er etwas, was er nicht schuldig sei[25]).

23) Was nach der Ausdrucksweise der Stelle quaestio facti ist; vgl. v. Savigny, System Bd. 4 S. 84.

24) Diese Stelle spricht also von der Trebellianischen Quart, wenngleich die Falcidische genannt wird, wie dies in den Pandecten überall geschieht. Gerade darum aber ist sie noch keineswegs, wie in Burgii Elector. cap. 14 ini. (in Otto's Thesaur. Vol. I. p. 333 f.) behauptet wird, als eine lex fugitiva anzusehen.

25) Vgl. überhaupt Donellus im Comm. absol. ad Cod. ad l. 1 h. t. (6. 50). — Von demselben Standpunkte gehen auch die Stellen aus, welche den Gläubigern die Pauliana versagen, wenn der Schuldner die Erbschaft ohne Abzug der Quart restituirt hat: l. 19 D. quae in fraud. credit. (42. 8): Patrem, qui non exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit omissa ratione Falcidiae, *plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis*, respondi, non creditores fraudasse; l. 20 eod.: Debitorem, qui ex Senatusconsulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset; *sed magis fideliter facere.* Vgl. Huschke in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß N. F. Bd. 14 S. 32; Cujac. in Lib. XI. Respons. Papin. ad l. 19 cit. – S. auch l. 62 D. de cond. indeb. (12. 6) — oben § 3 S. 30.

Ob nun aber Pietät der Grund der unverkürzten Leistung war, das ist quaestio facti. Das Vorhandensein derselben muß indessen nach dem Obigen überall da präsumirt werden, wo der Erbe wissentlich den Abzug unterließ[26]). Eine solche Präsumtion kann dagegen aus einer unverkürzten Leistung dann nicht entnommen werden, wenn der Erbe in einem factischen Irrthume (besonders über die Größe der Substanz) befangen war. Denn wenn gleich der Erbe in solchem Falle zunächst die Absicht gehabt hatte, dem Willen des Erblassers, so wie er ihn damals kannte, sich zu unterwerfen, so folgt doch daraus gar noch nicht, daß er dieses auch dann gewollt haben würde, wenn er das Resultat der Erfüllung desselben in seiner ganzen Tragweite durchschauet hätte. Dem (präsumtiv) wahren Willen des Erblassers, dessen Befolgung dahin führen mußte, daß der Erbe der Quart ganz oder theilweise verlustig ging, konnte er sich bindend unmöglich unterwerfen, so lange ihm dies Resultat unbekannt war. Die durch Irrthum veranlaßte Erfüllung einer scheinbaren Gewissenspflicht kann ebensowenig Erfolg haben, als die, welche erzwungen wurde[27]). — Allerdings paßt diese selbe Anschauung auch auf den Fall des Rechtsirrthums. Bei einem solchen kann gewiß keineswegs davon die Rede sein, daß der Erbe aus Pietät handle, sich dem Willen des Erblassers zu unterwerfen die Absicht habe. Von diesem Standpunkte ausgehend, müßten wir daher, wie bei der Anerkennung an sich nichtiger Dispositionen, auch hier den Rechtsirrthum als einen Entschuldigungsgrund zulassen. Dem stehen aber, wie wir gesehen haben, die ausdrücklichen Zeugnisse der Quellen entgegen. Indessen ist dieser Unterschied, eben wegen der Natur gerade des hier in Betracht kommenden Rechtsirrthums, ein sehr erklärlicher (siehe unten S. 45).

Nach Inhalt aller oben citirten Stellen kann denn auch in l. 1 § 11 D. h. t. (35. 2), wo es heißt:

Si legatarius possessionem nactus est, et non potest avocari

26) Es versteht sich, daß der Erbe seinen Irrthum beweisen muß; ganz besonders, wenn er die ganze Erbschaft auf Grund eines Universal-Fideicommisses ohne Abzug herausgegeben hat — wo allerdings ein Irrthum (d. h. ein factischer, über die Substanz ꝛc.) kaum denkbar ist; s. l. 68 § 1 D. ad S. C. Trebell. (36. 1): Si totam hereditatem rogatus restituere tu sponte adieris et sine deductione quartae partis restitueris, *difficile quidem crederis per ignorantiam magis, non explendi fideicommissi causa hoc fecisse;* sed si probaveris, per errorem te quartam non retinuisse, recuperare eam poteris.

27) Cf. l. 35 § 1 C. de inoff. testam. (3. 28): „meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos"; Pauli Rec. Sent. Lib. 4 Tit. 5 § 8: „Meritis enim liberos magis quam pactionibus adstringi placuit."

ea res, quia voluntate *errantis* nactus est possessionem, dabitur actio heredi, ut id, quod supra dodrantem est, offeratur [28]) — der Irrthum nur von einem factischen Irrthum verstanden werden [29]).

Zweifelhafter möchte die Vorschrift der l. 16 pr. D. ibid. sein, wo gesagt wird, daß der Erbe, welcher von mehreren (offenbar einem und demselben Vermächtnißnehmer hinterlassenen) [30]) Sachen einzelne unverkürzt und ohne Vorbehalt dem Legatar ausgehändigt hatte, von den übrigen noch in seinem Besitze befindlichen Sachen so viel retiniren könne, als erforderlich sei, um sich wegen sämmtlicher Sachen die Quart zu reserviren. Hier möchte wohl nicht absolut nothwendig sein, anzunehmen, daß der Jurist von einem Falle spreche, wo die fraglichen Leistungen durch einen factischen Irrthum veranlaßt waren. Diese Entscheidung des Scävola wird vielmehr darauf beruhen, daß, so lange der Erbe noch einen Theil der vermachten Sachen innebehält, welcher ausreicht, um ihn hinsichtlich der Quart wegen sämmtlicher zu befriedigen, noch gar nicht darauf geschlossen werden kann, daß er eine unverkürzte Prästation des Vermächtnisses als eines Ganzen beabsichtigt habe. — Ein ähnlicher, aber etwas abweichend entschiedener Fall findet sich endlich in der l. 15 § 2 D. h. t. (35. 2). Hier giebt Papinian dem Erben, welcher annua legata zweimal sine ulla detractione ausgezahlt hatte, nur das Recht, in *ceteris* annuis legatis die Quart abzuziehen, ohne dasselbe auch auf die bereits geschehenen unverkürzten Zahlungen zu erstrecken [31]).

An den in beiden Stellen vorgetragenen Regeln wird dann auch die bereits theilweise citirte Nov. 1 cap. 3 nichts geändert haben [32]), wenn sie in ihrem Eingange verordnet:

28) Dies ist die Lesart der Florentina; sonst finden sich noch die Lesarten afferatur und auferatur; der Sinn ist zweifellos.

29) Dieser Meinung scheint auch Sintenis, Civilrecht II. A. Bd. 3 § 215 zu Anm. 43 zu sein.

30) So z. B. Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation. II. A. S. 224.

31) Diese Entscheidung des Papinian stimmt nicht ganz mit dem Rescripte des Antoninus in l. 1 C. de fideicomm. (6. 42), wo die Verpflichtung inutiliter hinterlassene annua vel menstrua legata auch fernerhin zu entrichten, dann eintreten soll, wenn dies bereits „per multum temporis, i. e. non minus in tali causa *triennio*" geschehen sei. Vgl. oben § 1 Anm. 11 u. § 3 S. 31.

32) Sintenis, Civilrecht III. § 215 Not. 48 u. Windscheid, Pand. III. § 651 Not. 11 halten jene Stellen für antiquirt. Der im Text vertretenen Ansicht ist, wenn auch aus anderen Gründen, z. B. v. Vangerow, Pand. II. § 538 Anm. II. 1 S. 496 f. Andere, augenscheinlich unbegründete Meinungen über die Vorschrift der Novelle bei Roßhirt, Vermächtn. I. S. 586 Not. 4 und Puchta, Pand. § 548 d. u. § 549 bei k.

Non permittemus autem heredi vires patrimonii accurate scienti, ut aliis quidem statim ab initio integra legata solvat, et voluntatem testatoris totam servet (quod constitutiones etiam decessorum dicunt), aliis autem partem aliquam detrahat, nec ita, ut pro parte quidem voluntatem defuncti impleat, pro parte eam imminuat. Qui vero omnino non errat in substantiae quantitate, sed eam cognovit atque statim sequitur voluntatem testatoris, per omnia eam sequatur neque in peius animo mutato vertat; id enim non esset pure sequi[33]). Denn diese letztere Anordnung, wonach der Erbe, wenn er wissentlich einem Legatar das Legat unverkürzt gezahlt hatte, nun auch den Uebrigen die Quart nicht abziehen darf, beruht darauf, daß, wenn einmal in einem Theile der Wille des Testators erfüllt worden, es angemessen erscheint, daß er auch im Uebrigen erfüllt werde — eine, wenn richtig verstanden, ganz consequente Bestimmung[34]), die aber sicherlich da gar nicht angebracht erscheint, wo, wie in jenen beiden Fällen, noch gar keine Willensäußerung des Erben vorliegt, aus der geschlossen werden könnte, daß er sich überhaupt einer letztwilligen Verfügung habe unterwerfen wollen oder unterworfen habe[35]).

Der bisher nachgewiesene Satz, daß der Erbe, welcher weiß, daß er von einem Legate die Quart abziehen könnte, oder dies nur in Folge eines Rechtsirrthums nicht weiß, und dennoch das Legat unverkürzt auszahlt, so angesehen werde, als habe er sich dem Willen des Erblassers unterworfen, und deshalb die condictio auf Rückgabe des an sich Zuvielgezahlten verliere — dieser Satz war um so ungefährlicher, als dem zweifelnden Erben das Recht gegeben ist, vom Legatar eine Caution zu fordern, „ut, si appareat, eum amplius legatorum nomine cepisse, quam e Lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det[36]).

33) Die nun folgenden Worte finden sich bereits oben S. 37 angeführt.

34) Die Consequenz liegt eben darin, daß die Römer, wie gezeigt, das unverkürzte Auszahlen eines Legates nicht eigentlich als eine Liberalität gegen den Bedachten, sondern als eine (meist durch Gewissenspflicht gebotene) Unterwerfung unter den Willen des Erblassers betrachten, welche nicht pro parte zulässig ist (vgl. unten § 10). — Anwendungsfall dieser Bestimmung der Nov. 1 c. 3 in Seuffert's Archiv XVII. Nr. 75 (Wiesbaden).

35) Vgl. zu diesen Stellen den ausführlichen Commentar Cujas' in Lib. XIII. Resp. Papin. ad l. 15 § 2 D. h. t.

36) Tit. D. Si cui plus quam per Legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur (35. 3). Vgl. Roßhirt, die Lehre v. d. Vermächtnissen I. (1835) S. 519 f., 581 ff.; Kniep a. a. O. S. 363 f. Auch der Anspruch auf diese Caution ging verloren, wenn man wissentlich, oder durch Rechtsirrthum bewogen, bei der Zahlung

In Beziehung auf diese Stipulation nun kommen einige Stellen vor, welche dem Vorigen direct zu widerstreiten scheinen. So sagt l. 1 § 9 D. h. t. (35. 3):

Haec stipulatio ideo locum habet, quia, *etsi repeti potest id, quod solutum est*, tamen fieri potest, ut non sit solvendo is, cui solutum est, ac per hoc pereat quod datum est;

und in der l. 31 D. ad Leg. Falcid. (35. 2)[37]) findet sich folgender Passus:

... Nam *quamvis repetitio sit eorum, quae fideicommissi nomine non debita solventur*, tamen satisdato cautum debet esse ei, a quo pecunia proficisceretur, ne damnum sentiat deficiente eo, cui solutum erit.

In beiden Stellen ist von dem Vortheile die Rede, welchen die Caution dem Erben gewähre, und der darin besteht, daß der Letztere auch im Falle der inzwischen eingetretenen Insolvenz des Legatars gedeckt wird, weil er sich dann an die Bürgen halten kann[38]).

Da nun diese Caution immer nur dann gefordert werden konnte, wenn in der That ein begründeter Zweifel über die Substanz der Nachlaßmasse und das Verhältniß der Legate zu derselben vorhanden war[39]), wenn also eine factische Ungewißheit herrschte, so sind die in beiden Stellen vorkommenden allerdings ganz allgemein klingenden Sätze völlig unverfänglich, indem in dem Falle, wo die Caution zulässig war, auch immer die condictio statthaft (aber, wie gesagt, nicht immer auch erfolgreich) war.

b. Ganz so wie die wirkliche und zwar unverkürzte Zahlung des Legates wird nun aber ferner auch das (in bindender Form, also früher durch Stipulation abgegebene) Versprechen des Erben, daß er unverkürzt zahlen oder restituiren wolle (vorausgesetzt, daß es nicht vor dem Tode des Erblassers geschah)[40]), behandelt, obwohl hierüber in früheren Zeiten Bedenken geherrscht zu haben scheinen.

So sagt l. 20 § 1 cit. D. de donatt. (39. 5):

versäumt hatte, sie sich bestellen zu lassen. War dies aber aus factischem Irrthum geschehen (nur von diesem kann die Stelle verstanden werden), so wurde („utilitatis gratia") dem Erben sogar gestattet, das Gezahlte zu condiciren, um den Legatar zur Bestellung der Caution zu zwingen: l. 3 § 10 ibid. (35. 3). Vgl. Francke, Comm. über den Tit. de hered. pet. I. S. 117. 199.

37) Vgl. über diese Stelle Huschke in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß. N. F. Bd. 6 S. 423.

38) Die Caution geschah durch Bestellung von Bürgen: l. 3 § 1 h. t. (35. 3).

39) Vgl. l. 4 pr. D. h. t. (35. 3).

40) S. oben Anm. 16.

De illo dubitari potest, qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spopondit se daturum; sed magis est, ut non possit suae confessioni obviare; quemadmodum enim, si solvisset, fidem testatori suo adimplesse videbatur, et nulla ei repetitio concessa fuerat, ita et stipulatione procedente, contra fidem testatoris, quam agnovit, venienti ei merito occurretur —;

wogegen l. 46 D. h. t. (35. 2) ganz unbedingt vorschreibt:

Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus, spopondit se daturum, cogendus est solvere.

Endlich hat Justinian in der l. 19 C. h. t. (6. 50), wahrscheinlich einer der 50 Decisionen, den allerdings schon in den Pandecten gelösten Zweifeln ein vollständiges Ende gemacht. Hier wird zuerst erwähnt, es sei ganz unzweifelhaft, daß der Erbe, welcher die Legate in solidum gezahlt habe, nachher auf Grund der Falcidia das Zuvielgegebene nicht zurückfordern könne, „quia videtur voluntatem testatoris sequi," und dann geschlossen[41]): „iubemus, hoc simili modo firmum haberi, et si *cautionem* super integra legatorum solutione fecerit, quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In utroque enim casu, id est, sive solverit, sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur."

Diese völlige Gleichstellung beider Fälle (l. 20 §. 1; l. 19 citt.) muß uns denn für den zweiten zu der Annahme führen, daß auch hier ein factischer Irrthum entschuldigte, ein Rechtsirrthum nicht entschuldigte, obwohl dies die Stellen nicht ausdrücklich sagen.

Das Resultat ist das Folgende:

In der unverkürzten Zahlung eines der Lex Falcidia unterworfenen Legates ebensowohl wie in dem Versprechen, solches unverkürzt zu zahlen, wird eine Unterwerfung unter den Willen des Erblassers gefunden. Es steht daher dem benachtheiligten Erben nicht mehr zu, sich seiner aus der Lex Falcidia entspringenden Rechte (condictio, retentio) zu bedienen, er müßte denn zu jenen Anerkennungshandlungen durch einen factischen Irrthum veranlaßt sein.

Allerdings findet also bei dieser, wie gezeigt, sehr im Detail von den Quellen behandelten Lehre eine Abweichung von den vorher entwickelten Grundsätzen über die Anerkennung nichtiger letztwilliger Dispositionen statt. Wir haben gefunden, daß der Rechtsirrthum nicht entschuldigt, und daß auf das Vorhandensein von calumnia scheinbar gar kein Gewicht gelegt

41) Die vorangehenden Textesworte stehen oben S. 36.

wird. Allein bei näherer Betrachtung sinkt dieser Unterschied auf ein minimum herab. Es ist in den §§ 2 und 3 zu zeigen gesucht, daß der calumnia schon die Zurücknahme einer aus Pietäts-Rücksichten abgegebenen Willenserklärung gleich geachtet wurde. Ueberall da, wo die Stellen die factische Anerkennung des Willens des Erblassers hinsichtlich der Quart für bindend erklären, betonen sie auch, daß dem Anerkennenden Motive der Pietät untergelegt werden müßten, wo ein factischer Irrthum nicht ersichtlich sei. In der That kann auch die bewußte Prästirung des vollen Legates, wo die Quart hätte abgezogen werden können, kaum anders erklärt werden. Es liegt daher präsumtiv immer, bei nachheriger Rückforderung, eine der calumnia gleich zu achtende Verletzung der zuvor zu erkennen gegebenen Pietät vor. Und was den Rechtsirrthum betrifft, der nur darin bestehen kann, daß der Erbe nicht weiß, daß ihm gesetzlich der Abzug der Quart zusteht, so wird er nur darum — abweichend von den früher vorgetragenen Grundsätzen — nicht berücksichtigt, weil dieser Irrthum immer unentschuldbar ist[42]).

Mit einigen Worten muß hier noch einer Ansicht des Ranchinus[43]) erwähnt werden, welcher zu deduciren sucht, daß heutzutage dem Erben, welcher die Legate unverkürzt zahle, auch ein Rechtsirrthum nicht schade. Er begründet dies aus l. 18 C. h. t. — einer der 50 Decisionen —, durch welche erst neben der Retention dem Erben auch die Vindication gegeben, weshalb derselbe nunmehr erst als Eigenthümer der betreffenden Rate anzusehen sei. Da nun derjenige, welcher aus Rechtsirrthum gezahlt habe, dann dennoch condiciren könne, wenn ein „damnum amittendae rei suae pati“, wie hier, vorliege, so müsse der Rechtsirrthum jetzt entschuldigen.

Alles dies ist augenscheinlich irrthümlich. Einmal besteht das Neue, was die l. 18 cit. einführte, durchaus nicht in dem angegebenen Punkte, sondern darin, daß die Lex Falcidia von Legaten ꝛc. auch auf den Fall ausgedehnt wird, wo dem Erben conditionis implendae causa etwas auferlegt worden[44]). Daß der Erbe vindiciren könne, war bereits uralten

42) Vgl. l. 9 § 5 cit. D. de iure et facti ignor. (22. 6): ... Quodsi ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi Legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse, *nec stultis solere succurri, sed errantibus.*

43) Variar. Lect. Lib. 3 c. 5 i. f. (Ever. Otto's, Thesaur. Vol. V. p. 954). S. dagegen besonders Püttmann, Interpret. et Obs. cap. 34 (Lips. 1763 p. 175 sqq.).

44) Vgl. z. B. die ausführliche Interpretation in Donelli Comm. absol. in Cod. ad h. l.

Rechtens, und dennoch schadete ihm nach den ausdrücklichen Quellen-Zeugnissen ein error iuris. Aber auch wenn dies nicht wäre, so würde doch auch der fernere Theil der Deduction gänzlich verfehlt sein, weil er sich auf den Unterschied von damnum amittendae rei und damnum amissae rei stützt, der völlig verwerflich ist[45]).

§ 5.

4. Ausnahme in favorem libertatis.

Eine wirkliche Ausnahme von unserer Regel zeigt sich dagegen auf einem ganz anderen Gebiete, und zwar *in favorem libertatis.*

Hatte ein Erbe in Folge eines Testamentes oder Codicills, die er für ächt hielt, Sklaven des Erblassers giltig manumittirt, oder hatte dies z. B. ein Legatar gethan, welchem ein Sklave vermacht war, und es stellt sich nachher heraus, daß die Disposition ungiltig, weil gefälscht oder nichtig war, oder es wird das Testament durch die querela inofficiosi testamenti rescindirt, so hätte nach dem Obigen auch die ita data libertas wieder aufgehoben, die Freigelassenen wieder Sclaven werden und in das Eigenthum des Intestaterben ꝛc. zurückfallen müssen. Das soll nun aber nicht der Fall sein. In diesem Falle kommt es nicht einmal auf einen error facti an. Selbst die unächte Anerkennung bindet. Die einmal auf solche Weise giltig Freigelassenen bleiben frei (sie werden liberti manumissoris, nicht orcini). Aber in anderer Weise wird denn doch dem wahren Berechtigten zu Hilfe gekommen. Die Freigelassenen müssen ihm eine Lösung zahlen. „Liberos quidem eos esse“, sagt Tryphonin in l. 23 § 1 D. de iure patron. (37. 14), „sed aestimationem sui praestare debere“; — eine Lösung, welche ein für alle Mal durch eine Constitution des Hadrian auf 20 solidi (aurei) festgesetzt ist[1]).

Auf einen etwas anderen Fall geht die l. 30 § 17 D. de fideicomm. libertatt. (40. 5), wo es heißt: obwohl an sich keine Verpflichtung existire, eine in nichtigen Codicillen hinterlassene Freiheit zu ertheilen, so sei dennoch in dem Falle, wo der Erbe den Codicill ratihabirt und „servos praestandae fideicommissae libertatis gratia in libertate morari voluit“, durch ein Rescript des Kaisers Antonin und seines Vaters (Hadrian) aus-

45) Cf. v. Savigny, System Bd. 3 S. 344 ff. 468.

1) L. 26 D. de inoff. testam. (5. 2); l. 47 pr. § 1 D. de manumiss. testam. (40. 4); l. 2 C. de fideicomm. libertatt. (7. 4); cf. l. 8 § 17; l. 9 D. de inoff. testam. (5. 2).

gesprochen, daß solche Sclaven zur iusta libertas gelangt seien. — Diese Stelle hat den Fall vor Augen, wo Jemand wissentlich die in einem ungiltigen Codicille vermachte Freiheit ertheilt hatte, also den Fall einer ächten Anerkennung. In einem solchen Falle versteht es sich nun nicht allein von selbst, daß die einmal ertheilte Freiheit nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, sondern es wird auch dem Erben ein Anspruch auf die aestimatio, das pretium, des freigelassenen Sclaven (die 20 solidi) nicht zuerkannt werden dürfen [2]). Er hat sich pure dem Willen des Erblassers unterworfen, wie dies eine gleich zu citirende Stelle nennt: „iudicium eius accessit".

Also wer auf Grund einer gefälschten oder nichtigen Disposition wissentlich Freiheits-Ertheilungen vornimmt, kann die nun liberti gewordenen Sclaven keinenfalls in servitutem vindiciren und hat keine Entschädigungs-Ansprüche. Aber auch wenn Jemand, ohne Kenntniß von der Ungiltigkeit der Disposition zu haben, auf Grund derselben Sclaven freiläßt, so bleiben diese doch frei, müssen aber dem Erben — dessen Freigelassene sie werden, nicht die des Erblassers (orcini) — eine Lösung von 20 solidi entrichten.

Auf den ersten Blick scheint diesen Sätzen die l. 8 C. de iur. et facti ignor. (1. 18) zu widersprechen. Hier rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian:

Quum testamentum nullo iure constiterit, ex eius, qui ab intestato successit, professione sola, veluti ex testamento libertos per errorem profitentis, orcini vel proprii liberti, si non ipsius accessit iudicium, quum errantis voluntas nulla sit, effici non potuerunt [3]).

Diese Stelle hat sehr verschiedene Deutungen erfahren. Zunächst fragt sich, was hier unter der „sola professio", darunter, wenn Jemand „veluti ex testamento libertos professus sit", zu verstehen sei. Das ist nun klar, daß diese Ausdrücke nicht auf eine Handlung, welche die Freiheit erst ertheilen sollte, also auf eine Manumission seitens des sie Vornehmenden, bezogen werden können. Denn es ist hier von Frei-

2) Dies liegt in den Worten „ad *iustam* libertatem eos pervenisse".

3) Die Stelle lautet in den Basiliken (II, 5 c. 17; Heimb. I. 85) in der Uebersetzung: Qui in testamento invalido heres scriptus est et eos, qui in eo libertate honorati sunt, per errorem liberos professus est (*ἐλευθέρους κατὰ πλάνην ἀπογραψάμενος*), nullum praeiudicium patietur, quominus ab intestato succedens eos in servitutem redigat. Ueber den Sinn weder des ausgesprochenen Rechtssatzes noch der hinzugefügten Ausnahme ist hieraus etwas Wesentliches zu entnehmen.

gelassenen die Rede, welche *testamento* (nicht per fideicommissum), also direct, freigelassen sind; welche daher ipso iure frei werden, sobald nur die Erbschaft aus dem Testamente angetreten, und das letztere giltig ist[4]). Also von einer Absicht, die Freiheit erst zu ertheilen, kann hier keine Rede sein. Die Worte beziehen sich vielmehr darauf, daß der Intestaterbe, welcher ein Testament für giltig hielt, die in demselben Freigelassenen als solche anerkannt hatte; eine an sich, von seinem Standpunkte aus, vollkommen gleichgiltige Handlung.

Testamento Manumittirte werden also freilich im Momente der Antretung der Erbschaft ipso iure frei, aber nur unter der Voraussetzung, daß das Testament giltig war:

l. 23 pr. cit. D. de manum. test. (40. 4):

Testamento manumissus ita demum fit liber, *si testamentum valeat*, et ex eo adita sit hereditas, vel si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem.

Das Freiwerden im vorliegenden Falle hing demnach, auch nach geschehener Antretung aus dem Testamente, noch immer davon ab, ob dasselbe von Anfang an giltig war, oder doch durch Anerkennung giltig wurde. Das Erstere war nun nicht der Fall (testamentum nullo iure constitit); aber es war von Seiten des Intestaterben eine Anerkennungs-Handlung (eben jene professio) vorgenommen. Hier entscheiden die Kaiser nun ganz consequent mit den allgemeinen Grundsätzen. Die Anerkennung eines nichtigen Testamentes schadet nicht, wenn sie durch Irrthum veranlaßt war; das Testament bleibt ungiltig und mit ihm die hinterlassenen Freiheiten. Die Sclaven werden daher nicht zu orcini liberti. Aber auch nicht proprii, d. h. liberti des Erben, weil dieser ja gar keine Freiheits-Ertheilung vorgenommen hat oder vornehmen konnte, da er, als er die professio abgab, gar nicht wußte, daß die Freiheit der Sclaven von ihm

4) L. 23 pr. l. 25 D. de manumiss. testam. (40. 4). Diesen Unterschied zwischen der directen und indirecten Freilassung scheint v. Savigny, System Bd. 3 S. 441 zu übersehen, wenn er jene professio des Erben zwar für eine gleichgiltige Handlung ansieht, aber nur deshalb, weil sie nicht in eine der Formen gekleidet war, welche bei den Freilassungen vorgeschrieben waren. Wohl unrichtig; denn hätte der Erbe überhaupt geglaubt oder glauben können, daß durch seine professio den Sclaven die Freiheit erst ertheilt würde, so würde diese Handlung sicher nicht wirkungslos geblieben sein, weil ja dann der Wille vorhanden sein mußte, die Freiheit zu ertheilen. Zur Zeit der Kaiser Dioclet. und Maxim. genügte aber unzweifelhaft jede Willenserklärung, indem die Freilassung an keine Formen mehr gebunden war. Vergl. v. Vangerow, Ueber die Latini Juniani (Marburg 1833) S. 53 ff.

abhing, weil er das Testament für giltig, die Sclaven daher in Folge der Antretung für ipso iure freigeworden ansah[5]).

Ebenso consequent ist denn die hinzugefügte Ausnahme: si non ipsius accessit iudicium. Wo die betreffende Anerkennung der Freiheit mit dem Wissen, daß die im Testamente enthaltene Freiheitsertheilung wie dieses selbst nichtig sei, vorgenommen wird, da ist sie nichts anderes, als eine in formloser aber bindender Weise geschehende Freiheits-Ertheilung selbst. Nach Analogie der l. 30 § 17 cit. D. 40. 5 wird hier von einer praestatio aestimationis (die nur der Irrende verlangen darf) nicht die Rede sein können, wenngleich dem Erben als manumissor die Patronatsrechte zuzugestehen sein dürften, weil die liberti als proprii (im Gegensatz der orcini) angesehen werden müssen[6]).

B. Wirkung der bindenden Anerkennung auf den Bestand der an sich nichtigen Disposition.

§ 6.

1. Einleitung.

Gegenstand der Untersuchung im vorigen Abschnitte war die Frage, unter welchen Voraussetzungen der einen Anerkennungsact Vornehmende von der Ausübung des ihm sonst zuständigen Erbrechts ausgeschlossen wird. Es fragt sich nun, ob eine solche, den Anerkennenden selbst bindende An-

5) Hierin ist gerade der Unterschied unserer l. 8 und der obigen Stellen zu finden, welche entweder von fideicommissarischen Freiheiten sprechen, oder, wie l. 47 § 1 cit. D. 40. 4 von dem Falle, wo der Erbe unter der Bedingung, daß er einen Sclaven manumittire, eingesetzt war, in welchen Fällen insgesammt das Freiwerden der Sclaven erst von der Freilassung durch den Erben abhing.

6) Die l. 8 C. cit. ist — schon wegen des Satzes: quum errantis voluntas nulla sit — vielfach besprochen. Mehr oder weniger mißverstanden ist sie (von Neueren) z. B. von Kritz, Sammlung v. Rechtsfällen Bd. 1 S. 313; Herrmann in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß. N. F. Bd. 3 S. 232 (206); Renaud im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 28 S. 255 Not. 2; Bd. 29 S. 161. Die richtige Erklärung finde ich jetzt angedeutet bei Brinz, Pand. II. § 315 S. 1394 f. und bei Voigt im Archiv Bd. 53 S. 411 f. (der auf Plin. Epist. IV, 10 aufmerksam macht). Vgl. auch Mühlenbruch im Archiv Bd. 2 S. 376. 394.

erkennung auch erhaltend einwirken könne auf den Bestand der an sich nichtigen Disposition.

Diese Frage ist natürlich von der größten Bedeutung.

Freilich wenn z. B. der in einem nichtigen Testamente Instituirte zufällig im Besitze sämmtlicher Erbschaftsobjecte, und der Berechtigte, welcher dasselbe rechtsverbindlich anerkannt hat, gerade der Einzige ist, der zu dessen Umstoßung befugt gewesen wäre, in einem solchen Falle möchte der Zweck der Anerkennung — Erfüllung des Willens des Erblassers — ausreichend gesichert sein, da Niemand — abgesehen vom Fiscus, dessen Vertreter von diesen Verhältnissen regelmäßig keine Kunde haben werden — ein Interesse hat, ihm den Nachlaß abzustreiten, und der Eingesetzte keines Rechtsmittels bedarf, um sich in den Besitz desselben zu setzen.

Allein in der großen Mehrzahl der Fälle wird weder das Eine noch das Andere der Fall sein.

So wird der in dem nichtigen Testamente Eingesetzte zur Einklagung von Erbschaftsobjecten, welche sich in den Händen Dritter befinden, und von Nachlaßforderungen, immer eines Titels bedürfen, den ihm das nichtige Testament nicht gewähren kann; er muß Erbe geworden sein oder doch die Rechtsmittel eines solchen erworben haben. Ebenso wird die Richtung, welche Erbschaftsgläubiger bei Geltendmachung ihrer Ansprüche einzuschlagen haben, und der Anspruch der Vermächtnißnehmer überhaupt, von der Beantwortung dieser Frage abhängen.

Rücksichtlich der zur Anfechtung berechtigten Personen sind mehrere Fälle denkbar.

War die Erbschaft gleichzeitig Mehreren ab intestato deferirt, so ist nur derjenige, welcher sich durch Anerkennung gebunden hat, von der hereditatis petitio ausgeschlossen. Es entsteht also die Frage, ob nicht der Erbtheil, welchen der Anerkennende selbst nicht mehr beanspruchen kann, den Uebrigen nach den bei der Intestat-Erbfolge geltenden Regeln accrescire, in welchem Falle die Anerkennung des Einen nur diesem seine Rechte entzogen haben würde, ohne die dabei beabsichtigte Folge — Sicherung der testamentarischen Erbfolge — herbeizuführen. Ganz dasselbe würde der Fall sein, wenn man bei dem Vorhandensein nur eines zunächst Berechtigten die successio ordinum et graduum eintreten ließe, und selbst wenn alle dem Testamente entgegenstehenden Rechte aufgegeben sein sollten, entstände immer noch die Frage, ob nicht der Nachlaß, weil die Intestaterben nicht antreten wollen, und der Testamentserbe dazu nicht im Stande ist, als bonum vacans dem Fiscus anheimfallen müsse.

§ 7.

2. Aufrechterhaltung durch utiles actiones unter Ausschluß der successio ordinum et graduum.

Der bekannte Grundsatz, daß ein nichtiges Geschäft nicht convalesciren könne [1]), findet natürlich auch seine Anwendung bei nichtigen Testamenten [2]), auf welchem Grunde auch die Nichtigkeit beruhen möge. Sie können insbesondere weder dadurch, daß die die Nichtigkeit verursachenden Umstände nach der Errichtung wegfallen, noch an sich durch Thätigkeit einer betheiligten Person rechtsbeständig werden [3]).

Nicht ganz so streng sind die Grundsätze des Römischen Rechts hinsichtlich solcher letztwilliger Anordnungen, welche nicht Testamente im engeren Sinne sind. Unter Umständen scheint hier eine Convalescenz eintreten zu können. So sagen l. 1 § 1 und § 5 D. de legatis III. (32): wenn der Mangel der testamentifactio, welcher bei Errichtung des Codicills, bei Anordnung des Fideicommisses stattfand, vor dem Tode des Erblassers gehoben würde (z. B. wenn Söhne in väterlicher Gewalt oder Sclaven später aus der potestas entlassen, oder Deportirte im Wege der Gnade restituirt worden wären), so solle die Verfügung als giltig aufrecht erhalten werden, vorausgesetzt nur, daß der Wille des Erb-

1) „Quod nunquam fuit, quod statim nullius momenti fuit, convalescere non potest. Aeger potest convalescere, mortuus potest reviviscere, sed qui nunquam natus est, neque convalescere potest, neque reviviscere.“ Averanii Interpretatt. iur. Lib. 1 cap. 10 n. 7. — L. 29 D. de R. J. (50. 17): Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

2) L. 201 D. eod.: Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint; l. 210 ibid.: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. Ein nichtiges Testament ist eben kein Testament und wird nur abusive so genannt: l. 2 § 1 D. testam. quemadm. aper. (29. 3): Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est; sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta, itemque imperfecta solemus testamenta dicere. — Eine Anwendung ist die regula Catoniana.

3) Cf. l. 32 pr. D. de hered. instit. (28. 5): Illa institutio: quos Titius voluerit — ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; *nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*

lassers erweislich bis zu seinem Tode unverändert geblieben sei[4]); wobei denn besonders hervorgehoben wird, daß dies gerade im Gegensatze von Testamenten angenommen werde[5]). Wie dies aber auch sein mag[6]), jedenfalls darf man für alle letztwilligen Dispositionen ohne Ausnahme annehmen, daß, wenn der Nichtigkeitsgrund zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhanden ist, eine Convalescenz nicht stattfinden kann.

Nach strenger Consequenz müßte daher die Frage, ob die Anerkennungshandlung, welche der gegen das nichtige Testament Berechtigte vornimmt, dieses zu einem giltigen mache, ob daher der darin Instituirte als Erbe betrachtet werden könne oder nicht, verneint werden[7]).

Es giebt daher auch eine große Anzahl Rechtslehrer, die sich hiefür aussprechen[8]), indem sie der Anerkennung, welche, wenn sie nicht in der Form eines Vertrages (Vergleiches) auftritt, von ihnen als repudiatio aufgefaßt wird, nur eine rechtsentziehende, nicht auch eine (in diesem Sinne) Rechte verleihende Wirkung zuschreiben. Aber die Unbilligkeit, welche hierin liegt, ist von jeher nicht verkannt worden. Man hat sich daher auf die Weise zu helfen gesucht, daß man sagte, der anerkennende Intestaterbe, dessen Anerkennung einen Verzicht involvire, verfüge damit über die Erbschaft, gerire sich dadurch als Erbe[9]). Allein diese Auf-

4) L. 1 § 1 cit.: videlicet si duraverit voluntas post manumissionem; l. 1 § 5 ibid.: si modo in eadem voluntate duravit. Es wird also gar nicht einmal eine eigentliche ausdrückliche Bestätigung erfordert.

5) L. 1 § 1 cit.: Haec utique nemo credet in *testamentis* nos esse probaturos, quia nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet; sed si alias fideicommissum quis reliquerit.

6) Ueber die Bedeutung dieser Ausnahme herrscht großer Streit; s. u. A. Müller im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 14 S. 292 ff.; Arndts im Rhein. Museum Bd. 5 S. 247; Fein in Glück's Comm. Bd. 44 S. 42 ff.

7) Vgl. z. B. v. Keller, Pand. § 497: „Die Anerkennung eines ungiltigen Testamentes von Seiten dessen, welchem die Ungiltigkeit zum Vortheil gereicht, kann nicht ohne Weiteres und absolut das ungiltige Testament zu einem giltigen machen, denn die Bedingungen der Giltigkeit sind wesentlich absoluten, nicht bloß vermittelnden Rechtes. Eine solche Anerkennung kann also Niemanden zum Testamentserben machen, der es ohne dieselbe nicht wäre, sondern es können sich damit nur solche rechtliche Folgen verbinden, welche wirklich dem freien Vertrag oder Verzicht anheimfallen. Sie kann aber bei dem wirklichen Erben die Bedeutung einer Repudiation haben.“ ...

8) Außer Keller z. B. v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 457 Anm. (S. 194); Sintenis, Civilrecht Bd. 3 § 180.

9) Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 269 f., Bd. 38 S. 135. 138. Ihm stimmt im Ganzen bei v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik II. A. Bd. 2 S. 724, der indessen zwischen einfacher Repudiation (wo dann der folgende Intestaterbe eintreten solle — ebenso wie es v. Vangerow u. Sintenis annehmen —) und Ueber-

fassung kann schwerlich gebilligt werden. Wer wirksam über eine Erbschaft verfügen will, muß diese doch erst erworben haben. In der Anerkennung eines nichtigen Testamentes zum Zwecke der Aufrechterhaltung desselben liegt aber nichts weniger als eine Antretung der Erbschaft ab intestato [10]).

Dessenungeachtet glaube ich annehmen zu dürfen, daß regelmäßig eine Entscheidung zu Gunsten der im Testamente Bedachten im Sinne des Römischen Rechts sein würde, regelmäßig, d. h. mit Ausnahme des Falles, wo nicht alle die Personen, welche beim Wegfallen des nichtigen Testamentes zur Succession berufen waren, dem in diesem ausgesprochenen Willen des Erblassers sich unterworfen haben.

Die Anerkennung eines nichtigen Testamentes enthält präsumtiv nicht das Aufgeben eigenen Erbrechts schlechthin, sondern nur zum Zwecke der Aufrechterhaltung des letzten Willens [11]). Sie geschieht, streng genommen, nicht einmal im Interesse der im Testament Bedachten, sie ist keine Liberalität gegen diese. Indem die Stellen einer solchen Anerkennung bindende Kraft beilegen, betonen sie vorzugsweise dieses Moment; sie lassen den Verlust des sonst zuständigen Rechtsmittels nur als Folge, nicht als Zweck der Anerkennung eintreten [12]).

Es wäre nun aber doch eine seltsame Inconsequenz, wenn man erst der Willenserklärung der zunächst durch ein Testament verletzten Person deshalb einen rechtsentziehenden Erfolg beilegte, weil der Zweck derselben war, daß dasselbe und damit die Intentionen des Erblassers aufrecht erhalten werden möchten, und dieselbe Willenserklärung dann doch ganz einflußlos sein ließe auf die Erreichung dieses Zweckes; wenn man den Nächst-

tragung der Erbschaft durch Verzicht auf den Testamentserben unterscheidet (offenbar ist ihm der letztere Begriff selbst nicht klar). Hier sollen denn auch die Legate gefordert werden können. Beide erwähnen dann noch des Falles, wo der Berechtigte nur zu Gunsten des Testamentserben verzichte, diesem sein ganzes Recht übertrage (also doch wohl durch Vertrag?); und hier bekämen die Legatare nichts.

10) Hiergegen erklärt sich auch Windscheid, Pand. § 566. — Consequenter verfahren die, welche den im nichtigen Testamente Eingesetzten nur auf dem Wege des Vertrages mit dem Intestaterben Rechte erwerben lassen: z. B. Weber, Erläut. der Pand. nach Hellfeld Bd. 2 S. 228 f.; Puchta, Vorles. Bd. 2 zu § 483; Francke im Comm. S. 128; anscheinend auch Windscheid, a. a. O. — Ueber alle diese Ansichten s. d. Ausführungen im Oldenburger Archiv Bd. 7 S. 298 ff.

11) Windscheid a. a. O. kommt wenigstens bei vertragsmäßiger Anerkennung ebenfalls zum Ausschlusse der successio ordinum et graduum, weil in ihr ein Verzicht auf das zustehende Erbrecht nur dem Gegner gegenüber, nicht auf das Erbrecht schlechthin liege. Er ist mithin von der im Text vertretenen Ansicht nicht weit entfernt.

12) Vgl. oben § 1 unter I. a. E.

berechtigten, der etwa aus Pietät sich seiner Rechte nicht bediente, ausschließen wollte, damit sofort ein entfernter Stehender dessen Absicht wie die des Erblassers zu nichte machen könnte; wenn endlich, was im Resultate zu Gunsten des Bedachten vorgenommen wurde, schließlich zum Vortheil einer ganz andern Person ausfallen würde [13]).

Ja es muß behauptet werden, daß die ziemlich reichhaltige Casuistik der Quellen darüber, unter welchen Bedingungen die Anerkennung eines nichtigen Testamentes bindet oder nicht bindet, in allen Fällen völlig überflüssig gewesen wäre, wenn der bindenden Anerkennung nicht auch ein gewisser Einfluß auf den Bestand der anerkannten Disposition eingeräumt wäre.

Konnte dieses nämlich nach starrer Rechtsconsequenz nicht eintreten, so mußte entweder immer die Anerkennung eines nichtigen Testamentes ohne Wirkung auch für den Anerkennenden bleiben, und er seine Rechte bis dahin ungeschmälert behalten, bis er ihnen auf andere bindendere Weise entsagt hatte; wir haben gesehen, daß dieses nicht der Fall war.

Oder aber es mußte, wenn derselbe für seine Person ausgeschlossen war, die dadurch eröffnete Erbfolge weiter deferirt werden, so daß endlich, wenn auch die nachstehenden Erben entweder repudiirten oder ebenfalls durch bindende Anerkennung ihre Rechte aufgaben, der Nachlaß immer als bonum vacans an den Fiscus gelangen mußte.

Wozu daher die Untersuchung jener Frage, wenn selbst bei bindender Anerkennung dieses der schließliche Erfolg sein mußte? Und hätte nicht wenigstens an irgend einer Stelle unserer Rechtsbücher dieses Resultat erwähnt werden müssen, wenn man es nicht für von vorn herein unmöglich erachtet hätte?

Es kann daher als selbstverständlich angenommen werden, daß bei geschehener Anerkennung auch eines nichtigen Testamentes die successio ordinum et graduum immer ausgeschlossen war, wie denn die Rechtsquellen auch bei der Frage, wann die Weitereröffnung der Erbfolge in Folge des Wegfallens zunächst Berufener einzutreten habe, niemals des Falles gedenken, daß die Succession auch in Folge geschehener Anerkennung seitens des Vormannes eröffnet werde [14]).

13) Man nehme den Fall, wo der Intestat-Erbe unter bindender Anerkennung des nichtigen Testamentes sich ein ihm in demselben ausgesetztes Legat auszahlen ließ. Nach jener Regel würde nun ein nachstehender Intestaterbe zur Succession gelangt sein, welcher berechtigt gewesen wäre, nicht bloß dem Instituirten die Erbschaft ab intestato abzustreiten, sondern auch dem ihm eigentlich vorgehenden Intestaterben das erhaltene Legat wieder abzunehmen.

14) S. besonders — wegen der rescissiblen Verfügungen — unten § 14.

Aber das anerkannte Testament bedarf des Schutzes nicht bloß nachstehenden Berufenen und eventuell dem Fiscus gegenüber, sondern auch nach verschiedenen anderen Richtungen hin, insbesondere hinsichtlich der activen und passiven Legitimation der eingesetzten Personen als der wirklichen Erben dritten Berechtigten und Verpflichteten gegenüber, und da fragt es sich denn allerdings, auf welche Weise in dieser Beziehung geholfen werden konnte.

Die auch hier mögliche Annahme eines in der Anerkennung liegenden stillschweigenden Vertrages, durch welchen der gegen das Testament Berechtigte in einem Athem antrat und zugleich seine Rechte auf den Testamentserben (etwa mit der ebenfalls stillschweigend zu subsumirenden Auflage, alle Anordnungen desselben zu erfüllen) übertrug, widerstreitet, wie schon bemerkt, dem Begriffe der Anerkennung und ist entschieden den Rechtsquellen völlig fremd; und ein wirklicher ausdrücklicher Vertrag dieses Inhalts (Cession, Verkauf der Erbschaft), wodurch im äußersten Nothfalle die beabsichtigte Erfüllung des letzten Willens, wenn auch erst durch pietätswidrige Beseitigung desselben und nicht ohne Gefahr für den den Gläubigern forthaftenden Intestaterben, erreicht werden konnte, gehört nicht hierher, und scheint von den Römern zu diesem Zwecke nicht benutzt zu sein.

Dagegen scheint es mir, daß in unserem Falle der letzte Wille des Testirers auf die Weise aufrecht erhalten ward, daß auf Grund desselben *utiles actiones* ertheilt wurden.

Ich muß indessen gestehen, daß es mir bis heute nicht gelungen ist, für diese Ansicht mehr als nur die Analogie zweier Quellenzeugnisse aufzufinden. Es sind dies zwei sehr bekannte Stellen, die l. 17 D. de iniusto rupto (28. 3) und die l. 14 D. de transact. (2. 15).

In der erstern sagt Papinian:

Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit; *quodsi bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.*

Es ist hier von einem Falle absoluter Nichtigkeit des Testamentes die Rede, indem ein Sohn in väterlicher Gewalt präterirt war [15]). An und für sich sind daher auch die in demselben enthaltenen Freilassungen und Legate völlig ungiltig. Aber Papinian macht einen Unterschied. Entweder bedient sich der Präterirte seines Rechtes gegen die Eingesetzten; dann ist natürlich nicht daran zu denken, daß der einmal umgestoßene Wille des Testators irgend welche Berücksichtigung finden könne. Oder er abstinirt,

15) Cf. Averanii Interpretatt. iur. Lib. I. cap. 10. n. 7 sqq.

er entsagt der Geltendmachung seiner Rechte gegen das Testament. Hier könnten die eingesetzten Brüder nun eine bonorum possessio secundum tabulas nachsuchen (in welchem Falle sie dann zur Zahlung der Legate verbunden wären); aber auch wenn dies nicht geschehen ist — und von diesem Falle ist der Schlußsatz zu verstehen [16]) — soll der Wille des Erblassers erfüllt werden, können die eingesetzten Söhne des Erblassers, welche im Besitze der Erbschaft sind, zur Zahlung der Legate ꝛc. angehalten werden. Sie können dazu gezwungen werden, „licet subtilitas iuris refragari videtur," d. h. obwohl das Testament wegen seiner Nichtigkeit nicht convalesciren kann.

Man könnte nun sagen, die Stelle beweise für unsere Ansicht nichts, weil ja darin, daß die eingesetzten Brüder dem Testamente gemäß, also ohne den Präterirten am Nachlasse Theil nehmen zu lassen, die Erbschaft angenommen hatten, eine Agnition des Testamentes liege, welche, nach den vorhin vorgetragenen Grundsätzen, sie selbst hindern muß, sich, wenn die Legatare das ihnen Hinterlassene fordern, nun noch auf die Nichtigkeit des Testamentes zu berufen.

Aber davon sagt unsere Stelle gar nichts; sie läßt zweifelhaft, ob die eingesetzten Söhne des Erblassers den Nachlaß hinnahmen mit der Absicht, ab intestato, oder ex testamento zu succediren, oder ob sie sich bloß factisch im Besitze befanden. Sie legt vielmehr ausschließliches Gewicht auf die Thätigkeit (die Abstention) des Präterirten, desjenigen, welcher allein ein Interesse hatte, daß unter Beiseiteschiebung des Testamentes die Intestatsuccession eintrete. Daß dessen Abstention nun nicht zur Folge haben kann, daß das nichtige Testament im eigentlichen Sinne convalescire, ist selbstverständlich; es wird daher auch nur gesagt, daß der (nichtige) Wille des Verstorbenen *ex bono et aequo* aufrecht erhalten werden solle [17]).

16) Denn wenn die eingesetzten Söhne die B. P. secundum tabulas angenommen hätten, so würde der Satz, daß sie die testamentarischen Lasten übernehmen müssen, gar nicht der subtilitas iuris widerstreiten.

17) Daß dies, wie man früher annahm (cf. Averanii Interpretatt. iur. Lib. 1 cap. 10. 11), bedeute, das Testament werde aufrecht erhalten durch die B. P. secundum tabulas, welche die eingesetzten Söhne agnosciren müßten, davon ist in der Stelle nichts zu finden; auch daß sie in den Titel de iniusto rupto irrito facto testamento, und nicht in den de bonor. possess. secundum tabulas aufgenommen ist, möchte dem widersprechen. Vgl. besonders Francke Recht der Notherben S. 108 ff. 74. 151; Beiträge, Abth. 1 S. 138, dem z. B. v. Vangerow Pand. Bd. 2 § 473 S. 246 beitritt. S. auch Mühlenbruch bei Glück Bd. 36 S. 329 ff.; Bd. 38 S. 137. — Den Grund, weshalb in solchem Falle der Wille des Testators aufrecht erhalten wird, giebt Ant. Faber Conjectur. Lib. 9 c. 14 (cf. Error. Pragm. Dec. 13 Err. 3) mit Bezugnahme auf l. 14 pr. D. de legat. praest. (37. 5) ganz

Hier haben wir also einen Fall, wo ausdrücklich gesagt wird, daß ein nichtiger letzter Wille, wenn derjenige, welcher das nächste Interesse hat, daß derselbe zur Seite geräumt werde, sich jener Ansprüche begiebt, in der That in seinem ganzen Umfange aus Billigkeitsrücksichten aufrecht erhalten werde. Durch welche Mittel nun diese Aufrechterhaltung zu Wege gebracht werde, darüber giebt eine andere Stelle Auskunft.

Diese zweite hieher gehörige Stelle ist die ebenso bekannte l. 14 D. de transact. (2. 15)[18]. Hier trägt Scävola folgende Entscheidung vor: „Es war ein Proceß zwischen dem Intestat- und dem eingesetzten Erben entstanden, und derselbe durch einen Vergleich auf bestimmte Bedingungen beendigt; ich frage, wen können die (Erbschafts-) Gläubiger belangen? — Die Antwort lautet: haben die Gläubiger den Vergleich selbst abgeschlossen, so ist wegen der Schulden das zu beobachten, worüber sie sich geeinigt haben; waren es andere Personen, die den Vergleich abschlossen, so sind Beide (der Intestat- und der eingesetzte Erbe), weil es zweifelhaft ist, wer eigentlich Erbe geworden, nach dem Erbtheile, den sie sich im Vergleiche bestimmt haben, mit *utilibus actionibus* zu belangen."

Sollte nun auch der Text dieser Stelle corrumpirt sein, so ist er es doch gewiß nicht in einem wesentlichen Punkte, und man wird über ihren Inhalt keinen Zweifel haben können.

Man ist namentlich jetzt allgemein darüber einig, daß es sich bei dem erwähnten Processe um die Nichtigkeit (nicht bloß Rescissibilität) eines Testamentes gehandelt haben muß[19]. In Folge des vor Beendigung des

richtig an: „quod absurdum sit, occasionem fratris praeteriti, qui iure suo non utatur, lucro afficere institutos". Die Ansicht des Ant. Faber (der besonders gegen die Meinung auftritt, daß das Testament durch die B. P. secundum tabulas aufrecht erhalten werde), ist zusammengefaßt in folgenden Worten: „Legata igitur et fideicommissa *ab intestato* petenda erunt: et si heres excipiat non valere testamentum, replicabitur adversus eum de dolo malo, quod nihil ipsius intersit, an testamentum valeat necne, quum totius hereditatis lucrum et compendium aeque retineat." Aber es heißt ja: „*voluntas testatoris* ex bono et aequo tuebitur."

18) Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit, si idem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

19) Nur so sind l. 29 § 2 D. de inoff. testam. (5. 2) und l. 3 pr. D. de transact. (2. 15) mit unsrer Stelle zu vereinigen. Dies wird auch z. B. in den Scholien zu den Basiliken mehrmals (XI, 2. 14 Schol. 1. 2. 5; Heimb. I. p. 687) anerkannt. Vgl. von Neueren besonders Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 157 ff.; Roßhirt, Testamentar. Erbrecht I. S. 521; v. Vangerow Pand. Bd. 2

Processes abgeschlossenen Vergleiches, in welchem sich die beiden Gegner in die Erbschaft nach bestimmten Quoten getheilt hatten, war es zu einer rich-

§ 457 S. 194 f.; Sintenis Civilrecht Bd. 3 § 180 Anm. 4; v. Holzschuher Theorie und Casuistik II. A. Bd. 2 S. 724 f.; Risch die Lehre vom Vergleiche (Erlangen 1855) S. 199 ff.; v. Keller Pand. § 497; Oldenb. Archiv Bd. 7 S. 292. — Windscheid (Pand. III. § 566 Anm. 3) verwirft diese Lösung mit großer Bestimmtheit; er führt die Differenz in der Entscheidung darauf zurück, daß jene Stellen von Legataren, die l. 14 cit. von Erbschaftsgläubigern sprechen. Gewiß ist dieser Unterschied ebenfalls zu beachten, ohne daß dadurch doch dem Umstande, daß die letztere Stelle von nichtigen, die beiden anderen von nur rescissiblen Testamenten sprechen, seine Bedeutung genommen würde. — Jedenfalls ist nun so viel klar, daß in den Fällen der l. 29 § 2 und l. 3 pr. citt. nicht bloß Legatare (wie ausdrücklich gesagt wird: quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent), sondern auch Erbschaftsgläubiger den Testamentserben belangen müssen, weil, wie die Stellen bestimmt aussprechen, das Testament giltig bleibt (von einer Anerkennung der Ungiltigkeit des Testamentes von Seiten des Testamentserben, wie Windscheid unter 1, a anzunehmen scheint, enthalten sie nichts). — Dagegen ist die Bestimmung in l. 14 cit., wonach die Erbschaftsgläubiger die Transigenten utilibus actionibus pro quota transacta belangen dürfen, in diesem speciellen Falle nicht ohne Weiteres auf Legatare anzuwenden. Die Legate können nur gefordert werden, wenn das Testament giltig ist, und die Erbschaft aus ihm angetreten wird. Im Gegensatze zu den Fällen der l. 29 § 2 u. l. 3 pr. citt. lag im Falle unserer l. 14 weder das Eine noch das Andere klar vor; vielmehr war hier der Rechtsstreit über die Giltigkeit des Testamentes — dessen Entscheidung (in der Regel) auch für die Legatare maßgebend ist (vgl. z. B. Windscheid a. a. O. I. § 132 unter 3) — durch einen Vergleich erledigt, der beide Fragen offen ließ („incertum successionis"). Auf den Vergleich können sich daher die Legatare in diesem Falle nicht berufen, und zwar gegen Keinen der beiden Interessenten. Gegen den zur Intestaterbfolge Berufenen nicht, weil dieser zu ihnen in keinem Verhältnisse steht und auch durch den Vergleich nicht getreten ist. Gegen den Testamentserben nicht, weil der Vergleich weder beweist, daß das Testament giltig ist, noch selbst, daß jener es als giltig ansieht (er kann hierüber selber in Zweifel gewesen sein). Hätte er aber auch bei dem Vergleiche oder durch denselben die Giltigkeit verfochten und sich als Testamentserbe gerirt, so würde dies — als Act der Anerkennung — ihn doch nicht (jedenfalls nicht ohne Weiteres — darin, daß er im Zweifel durch den Vergleich für sich allein sorgte, liegt gewiß noch keine calumnia oder dolose Handlungsweise) binden, wenn das Testament nichtig war. Mithin bleibt den Legataren, nicht bloß um ihre Vermächtnisse voll ausgezahlt zu erhalten (wie Windscheid annimmt), sondern um überhaupt etwas zu erlangen, nichts übrig, als den Beweis der Giltigkeit des Testamentes, und zwar dem Eingesetzten gegenüber, zu übernehmen. Gelingt aber dieser Beweis, so haftet der Letztere auch vollständig, entweder weil er aus dem Testamente wirklich angetreten hat oder, wenn er dies mit Rücksicht auf den Inhalt des Vergleiches bestreiten sollte, jedenfalls weil er durch Abschluß desselben mit dem Intestaterben einen Theil des Nachlasses erhalten hat, also auf Grund des Edictes si quid omissa causa testamenti p. p. Hat er sich bei demselben wegen der Lasten der Erbschaft nicht vorgesehen, so ist dies nur ihm

terlichen Entscheidung über die Rechtsbeständigkeit des als nichtig angefochtenen Testamentes nicht gekommen. Es war mithin zweifelhaft, aus welchem Grunde die Erbschaft deferirt war („incerta erat successio"), um so mehr, als die Annahme, es sei theils ex testamento, theils ab intestato succedirt — wie es äußerlich den Anschein hatte — juristisch unmöglich erschien, weil dem bekannten Grundsatze widersprechend, daß Niemand zugleich ab intestato und ex testamento beerbt werden könne.

Was nun zunächst die Entscheidung des Scävola an sich betrifft, so muß ihr unzweifelhaft ein beschränkterer Sinn untergelegt werden.

In einem Falle, wie dem von ihm vorgetragenen, steht nämlich dem Erbschaftsgläubiger unter allen Umständen der Weg offen, daß er, wenn er das Testament für nichtig hält, den Intestaterben, im umgekehrten Falle den Testamentserben auf das Ganze belangt, indem ihm, als dritter Person, durch den zwischen jenen abgeschlossenen Vergleich Rechte nicht entzogen werden können[20]). Wurde nun im einen Falle der Beweis der Nichtigkeit, im andern der der Rechtsbeständigkeit des Testamentes geführt, so war je der Belangte zur Zahlung der ganzen Erbschaftsschuld verbunden, jedenfalls wenn er sich, was wohl regelmäßig schon durch Abschließung eines solchen Vergleiches geschah, als Erbe gerirt hatte (eine Antretung pro parte ist bekanntlich unstatthaft).

Aber wenn der Gläubiger diesen Weg wählte, so war er in der unangenehmen Lage, sich erst in einen Proceß über die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes einlassen zu müssen, ein Proceß, dessen Ausgang namentlich da, wo die Erben sich verglichen hatten, also wohl die Frage höchst zweifelhaft sein mochte, nicht ungefährlich war[21]).

nachtheilig (l. 3 pr. cit.). — Dies die Grundsätze, die nach meiner Meinung im speciellen Falle der l. 14 zur Anwendung kommen würden und die auf Vergleiche mit anderem Vertragsinhalte nur mit Modificationen auszudehnen sind. Umfaßte z. B. der Vergleich ausdrücklich auch die Erfüllung der Vermächtnisse mit, so kann darin entweder eine (vertragsweise) Anerkennung der Giltigkeit derselben liegen; oder auch ein Vertrag zu Gunsten Dritter, der möglicher Weise auch den Intestaterben mit bindet. Oder der Vergleich enthält zugleich eine Anerkennung der Giltigkeit des Testamentes seitens des Intestaterben, oder umgekehrt des Intestat-Erbrechts desselben u. s. w. Die Prüfung der einzelnen Möglichkeiten würde hier zu weit führen, wo es sich nur um die Wirkung der Anerkennung ungiltiger Testamente handelt. Vgl. darüber die im Eingang der Note citirten Schriftsteller, besonders auch das mehrcitirte Oldenburger Erkenntniß S. 292 ff.

20) Ebenso wie in der l. 3 pr. cit. D. de transact. (2. 15) das kaiserliche Rescript sagt: „Privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum."

21) Uebrigens würde in solchem Falle das Recht, den berufenen Erben darüber, ob und zu welchem Theile er Erbe geworden sei, in iure zu befragen, dem Gläubiger

Wenn man nun die Entscheidung des Scävola, daß wegen Ungewißheit der Succession die Transigenten je nach den Erbschaftsquoten, über welche sie sich verglichen haben, belangt werden sollen, so auffaßt, als solle damit das Mittel der Gläubiger angegeben werden, welches ihnen einzig und allein und unter Ausschluß des eben angegebenen zu ihrer Befriedigung zugestanden werden könne, so würde diese Entscheidung eine höchst unbillige sein. Aber die Worte des Textes verlangen eine solche Auffassung nicht mit Nothwendigkeit[22]). Scävola will nur sagen, daß in einem solchen Falle, wo der Gläubiger zweifelhaft sein müsse, welche Art der Succession eingetreten sei, er sich damit helfen dürfe, daß er jeden der Transigenten je nach seiner Quote belangen **könne**. Er wird unter allen Umständen von jedem derselben den betreffenden Antheil einziehen dürfen, und dazu wird ihm eine utilis actio ertheilt. Wenn aber dieser Weg, durch den er einen schwierigen Proceß erspart, z. B. wegen Insolvenz des Einen erfolglos bleiben sollte, so kann man ihm das Recht nicht absprechen, noch den zweiten gegen den andern Transigenten zu versuchen.

In diesem beschränkteren Sinne aufgefaßt, ist die Entscheidung des Scävola denn eine ganz sachgemäße.

Dies vorausgeschickt, gehen wir noch einen Schritt weiter. Wie nach unserer Stelle die Erbschafts**gläubiger** utiles actiones gegen die Transigenten je nach der diesen zugefallenen Erbschaftsquote haben sollen, so muß auch umgekehrt den **Letzteren** eine utilis actio gegen Erbschaftsschuldner, namentlich auch eine utilis hereditatis petitio gegen die Besitzer des Nachlasses, und zwar wieder pro quota transacta gewährt werden[23]). Denn man kann natürlich gegen die betreffenden Transigenten nicht Klagen wegen Erbschaftsschulden zulassen, wenn man ihnen nicht zugleich die Mit-

über manche Schwierigkeiten hinweg geholfen haben; s. des Verfassers Gelegenheitsschrift: Das ius deliberandi des Erben und die interrogationes in iure faciendae (Braunschweig, 1870).

22) Freilich lauten die Worte des Textes: „utilibus conveniendus est" (oder „conveniendos esse"), worin man einen Zwang des Gläubigers, gerade nur diesen Weg einzuschlagen, finden könnte. Aber schon **Voet** (Comm. ad Pand. Lib. 2 tit. 15 § 22) hat ausführlich nachgewiesen, daß, wie in so vielen anderen Stellen, auch hier das conveniendum esse für conveniri posse stehe. Die Basiliken (l. c.) übersetzen den Schluß der Stelle folgendermaßen: *εἰ δὲ ἄλλοι εἰσὶν οἱ δανεισταί, οὐτιλίας ἀγωγὰς ἔχουσι καθ' ἑκατέρου πρὸς τὰ κληρονομαῖα μέρη.* — **Windscheid**, a. a. O., faßt die Stelle in dieser Beziehung in unserem Sinne auf; ebenso **Risch**, a. a. O. S. 200 unten; Oldenburger Archiv Bd. 7 S. 293. A. M. scheint **Wetzell**, Civilproceß II. A. § 47 Not. 33 zu sein.

23) Dieser Meinung scheinen auch **Roßhirt**, a. a. O. S. 522 unten und **Francke**, Comm. S. 128 zu sein.

tel gewährt, sich durch Erlangung der Nachlaßmasse zur Befriedigung der Gläubiger in den Stand zu setzen[24]).

Es muß nun der Grund angegeben werden, weshalb wir uns mit auf diese Stelle berufen haben. Es liegt nämlich die Aehnlichkeit beider Fälle auf der Hand, weil in beiden das eintritt, was die l. 14 cit. „incertum successionis“ nennt. Denn auch in dem Falle, wo der nächste Intestaterbe (oder wer diesem gleich zu achten) ein nichtiges Testament bindend anerkennt, muß man dies annehmen. Auch abgesehen von dem Falle, wo die Nichtigkeit des Testamentes nicht sofort ersichtlich, oder selbst Zweifel darüber möglich sind, ob dasselbe für nichtig erklärt werden würde, ist eine Succession aus dem Testamente, weil dies als nichtig nicht convalesciren kann, unmöglich; die Intestaterbfolge tritt aber ebensowenig ein, weil der Intestaterbe die Erbschaft nicht angetreten, resp. wenn er suus des Erblassers war, durch Unterwerfung unter das ungiltige Testament abstinirt hat. Wenn nun bei dem Vergleiche, wo der Wille der beiden Interessenten dahin geht, daß sie Beide als Erben angesehen werden, diese Absicht vom Prätor durch die Ertheilung von utiles actiones unterstützt wird, so wird im andern Falle, wo die Aufrechterhaltung des letzten Willens, also das Erbewerden des Instituirten unter Aufrechterhaltung der etwa sonst noch vorhandenen Anordnungen im Testamente, die Absicht der Interessenten ist, diese gleichfalls — und noch mit besserem Grunde — dadurch erreicht werden müssen, daß utiles actiones dem Testamentserben und gegen ihn gewährt werden. Und dies würde der Weg sein, auf welchem, wie die l. 17 cit. sagt „*voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.*“

So findet denn die so natürliche Ansicht, daß, wenn derjenige, in dessen Interesse die Nichtexistenz eines Testamentes liegen würde, dem in einer nichtigen letztwilligen Disposition ausgesprochenen Willen des Erblassers sich mit der Absicht unterwirft, diesen aufrecht zu erhalten, nun auch in der That dieser Zweck erreicht werden müsse, eine einigermaßen ausreichende quellenmäßige Bestätigung. Die fragliche Disposition convalescirt freilich nicht im eigentlichen Sinne (denn „subtilitas iuris refragatur“); aber der Wille des Verstorbenen wird durch Verleihung von utiles actiones „ex bono et aequo“ aufrechterhalten. —

Die in vieler Beziehung treffliche Ausführung des mehrcitirten Olden=

24) Man muß mithin auch dem Erbschaftsschuldner dann, wenn er von Einem der Transigenten auf mehr, als diesem nach dem Vergleiche zustehen würde, belangt werden sollte, eine auf diesen gestützte exceptio doli gestatten, und, wenn er seine Schuld den Transigenten der verglichenen Quote entsprechend vollständig entrichtet hat, seine Liberation annehmen.

burger Erkenntnisses de 1856[25]) kommt auf einem andern Wege, wenigstens für einen Theil der möglichen Fälle, zu einem ähnlichen Resultate. In dem betreffenden Rechtsfalle hatten die nächsten Verwandten des Erblassers von den eingesetzten, mit demselben nicht verwandten Personen die ihnen in einem angeblich nichtigen Testamente ausgesetzten Legate, und zwar, wie in der Klage behauptet war, in voller Kenntniß dieser Nichtigkeit, sich auszahlen lassen. Die Klage entfernterer Verwandten auf Herausgabe der Erbschaft wurde oberstrichterlich mit ausführlicher Motivirung zurückgewiesen, weil „die bloße Thatsache der Annahme eines Legates aus einem dem Empfänger als nichtig bekannten Testamente nicht zu dem Schlusse auf die Ausschlagung der dem Annehmenden deferirten Erbschaft berechtige." So richtig diese Entscheidung in manchen Fällen sein mag, und gewiß in concreto war, so wird doch in der Regel aus der bindenden Anerkennung eines Testamentes implicite die Absicht der Ausschlagung der gegen dasselbe zustehenden Erbfolge zu entnehmen, jedenfalls der Verlust des Rechts auf diese Erbfolge die Folge sein. Unbedenklich müßte daher die letztere an nachstehende Erben weiter deferirt werden, wenn nicht das Charakteristische der Anerkennung darin bestände, daß sie einen Verzicht auf das deferirte Erbrecht im Interesse der Aufrechterhaltung des Testamentes enthält; eine Qualification, welche die Anwendung der bei einfachen Verzichten und Entsagungen von Erbrechten geltenden Regeln entschieden auszuschließen geeignet ist.

An diese Entscheidung knüpft das gedachte Erkenntniß dann aber noch Erörterungen über die positiven Folgen der Anerkennung, insbesondere der Annahme von Legaten (S. 311 ff.). Im Ganzen genommen geht die Deduction darauf hinaus, daß der Testamentserbe nur dann geschützt werden könne, wenn in der letztern eine Antretung der gegen das Testament deferirten Erbschaft und zugleich eine (stillschweigende) Uebertragung derselben auf den Testamentserben gefunden werden könne, was quaestio facti, jedoch in der Regel — wie für die einzelnen Fälle sehr scharfsinnig untersucht wird — anzunehmen sei. In der Regel hat also auch nach dieser Ansicht die Anerkennung die beabsichtigte Folge der Aufrechterhaltung der an sich nichtigen Disposition. Aber dies Resultat wird erreicht durch Beiseitesetzung der wahren Natur der Anerkennung als eines selbstständigen Rechtsinstituts, ohne irgendwelche auch nur annähernde Unterstützung durch die Rechtsquellen, und mit der Folge, daß an sich gleichartige Fälle ganz entgegengesetzt beurtheilt werden müssen. So gediegen daher auch diese Aus-

25) Archiv für die Praxis des Oldenburger Rechts Bd. 7 (1860) S. 273 ff., besonders S. 302 ff.

führungen im Einzelnen sind, so wenig, glaube ich, sind sie geeignet, die im Obigen versuchte Entwickelung dieser Frage entbehrlich zu machen. —

Die Folge der bindenden Anerkennung ist also die Aufrechterhaltung des Testamentes durch activ und passiv zustehende utiles actiones. Nicht allein dem erstberufenen Erben, sondern auch den diesem nachstehenden Erben gegenüber, weil, wie gezeigt, die Anerkennung des nichtigen Testamentes weder als omissio noch als repudiatio aufzufassen ist, und daher eine Weiterdeferirung der Erbfolge nicht stattfindet. Activ hat der anerkannte Testamentserbe daher alle den Erben gegen Erbschaftsschuldner 2c. zustehende Klagen utiliter.

Ebenso gehen gegen ihn die Klagen der Erbschaftsgläubiger wie der Vermächtnißnehmer; so jedoch, daß die Ersteren, wenn sie das Testament für nichtig halten, den Testamentserben nicht zu belangen brauchen. Freilich haben sie keine Klage gegen den Intestaterben, weil dieser seine Erbansprüche aufgegeben hat. Doch stehen ihnen die Rechtsmittel zu, welche den Gläubigern bei vacanten Erbschaften oder, wenn die Erbfolge noch zweifelhaft ist, zum Schutze ihrer Rechte gewährt sind.

Vermächtnißnehmer dagegen haben natürlich nur Ansprüche gegen den eingesetzten Erben, die sie gegen ihn, wenn er selbst sich in der Erbschaft utiliter schützen läßt, um so mehr geltend machen dürfen, weil die Rechtsfolge der Anerkennung eines Testamentes dieses ganz, also auch mit den dem Eingesetzten auferlegten Lasten umfaßt.

§ 8.

3. Ausnahme bei untergeschobenen Testamenten.

Aber es muß hier sogleich eine Ausnahme hinzugefügt werden.

Wenn die Stellen von der Unwirksamkeit der Anerkennung einer letztwilligen Disposition sprechen, so stellen sie den aus anderen Gründen nichtigen die unächten (gefälschten, untergeschobenen) gleich [1]).

1) Vgl. l. 5 pr. D. de his quae ut indignis aufer. (34. 9); l. 3 D. ad Leg. Cornel. de falsis (48. 10); l. 4 C. de iur. et facti ignor. (1. 18); l. 23 C. de fideicomm. (6. 42); cf. l. 3 C. ad Leg. Cornel. de fals. (9. 22); l. 46 D. de bonis libert. (38. 2). — Die Fassung dieser Stellen steht natürlich dem im Texte gemachten Unterschiede nicht entgegen, da nur die in beiden Fällen eintretende Unwirksamkeit der Anerkennung ausgesprochen wird. — Anders verhält es sich mit den Bestimmungen über die auf Grund von letztwilligen Verfügungen ertheilten Freilassungen. Diese bleiben bestehen, selbst wenn die Disposition falsch war: l. 47 pr. § 1 D. de manumiss. testam. (40. 4); l. 2 C. de fideicomm. libertat. (7. 4). Doch läßt diese in favorem libertatis getroffene Vorschrift keine Ausdehnung zu. Vgl. oben § 5.

Es scheint mir nun aber, daß die obigen Grundsätze auf solche keineswegs anwendbar sind. Denn das Moment, welches überhaupt für die Wirksamkeit der Anerkennung eines nichtigen letzten Willens geltend gemacht wird, die darin liegende Unterwerfung unter die, wenn auch in fehlerhafter Weise ausgesprochenen, doch immer ersichtlichen, Wünsche des Verstorbenen, fällt bei der genannten Klasse nichtiger Dispositionen völlig hinweg. Das Motiv der Anerkennung oder Erfüllung einer gefälschten Disposition ist regelmäßig gewiß nichts weniger als die Absicht, solchen Wünschen gerecht zu werden, da sie aus der gefälschten oder untergeschobenen Scriptur gar nicht ersichtlich sind [2]). Diesen Unterschied betont denn auch eine schon früher angeführte Stelle [3]), wenn sie von dem Falle, wo ein Codicill sich als unächt herausgestellt hat, bei der Frage, wann er dennoch vom Erben erfüllt werden müsse, als Erforderniß nicht die Agnition der Disposition, sondern eine in bindender Weise transactionis causa abgeschlossene Stipulation aufstellt [4]); ganz richtig, weil hier von einer Anerkennung des gar nicht vorhandenen Willens nicht gesprochen werden kann.

Eine äußerlich die Form der Anerkennung tragende Handlung des Berechtigten, womit er die Aufrechterhaltung einer, wie er weiß, untergeschobenen Disposition bezweckt, kann mithin nie nach den über die Anerkennung im eigentlichen Sinne geltenden Regeln beurtheilt werden [5]). Wenn also der Gesichtspunkt, daß mit der absichtlichen Anerkennung einer nichtigen Disposition regelmäßig die Aufrechterhaltung eines, wenn auch mangelhaft geäußerten, so doch erkennbaren letzten Willens erstrebt wird, bei wirklich unächten letztwilligen Urkunden gar nicht statthaft ist, so muß auch die hierauf fußende, in favorem testamentorum unter Umständen gegebene Wirksamkeit solcher Anerkennungshandlungen bei Dispositionen der letztern Art auf's Aeußerste beschränkt werden. Begünstigung gefälschter und untergeschobener Testamente würde in keinem Falle zu rechtfertigen sein [6]). Es möchte daher kein Grund vorliegen, dem in einer gefälschten Scriptur zum

2) Sie müßte denn nachweisbar nur in Nebenpunkten gefälscht sein.

3) L. 23 C. de fideicomm. (6. 42).

4) Man muß nämlich die Worte „nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti“ auf den einen Fall „si solemnitas iuris deest“, die Worte „vel transactionis causa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est“ auf den andern Fall „si veritas deest“ beziehen. Die Worte „negotiumque integrum est“ bedeuten: wenn die abgeschlossene Stipulation nicht etwa (z. B. wegen ihres auf Irrthum, Zwang oder Betrug fußenden Ursprungs) anfechtbar ist. Vgl. oben § 3 S. 28 f.

5) Vgl. oben § 1. I. S. 2. Dies ist richtig erkannt z. B. in Basil. XLII. 1 c. 8 Schol. 1 Adnot.

6) Falsa testamenta werden auch sonst, wo es sich um den favor testamentorum handelt, ausgenommen; s. z. B. l. 12 § 2 C. de petit. hered. (3. 31).

Erben Eingesetzten auch in dem Falle, wo der Intestaterbe sie für seine Person bindend agnoscirt hat (sofern dies überhaupt möglich ist), die zur Geltendmachung des angeblichen Erbrechts nöthigen utiles actiones zu gewähren.

§ 9.

4. Ausnahme beim Vorhandensein mehrerer Berechtigter, sowie eines ältern giltigen Testamentes.

I.

Im Vorstehenden ist nur auf den Fall Rücksicht genommen, wo der zunächst Berechtigte, insbesondere der gesetzliche Erbe, nur eine Person war. Dasselbe, was in Beziehung hierauf vorgetragen ist, wird auch Geltung haben, wenn die bindende Agnitionshandlung von sämmtlichen zunächst berechtigten Intestaterben vorgenommen worden. Allein Zweifel entstehen in dem Falle, wo nicht alle diese Personen, sondern nur Einer oder der Andere sich dem fraglichen letzten Willen bindend unterworfen haben. Wenn in einem solchen Falle in der That einer der Intestaterben die Erbschaft ab intestato antritt, so entsteht die Frage, ob ihm die Erbtheile der agnoscirenden Miterben accresciren, oder ob der Testamentserbe als an die Stelle dieser eingetreten angesehen werden müsse. Die Gründe zur Verneinung der letztern Alternative scheinen die überwiegenden zu sein. Einmal kann, wenn einmal die Intestaterbfolge eintritt, weil sich einer der gesetzlichen Erben weigert, sich dem Willen des Erblassers zu unterwerfen, nicht wohl davon die Rede sein, daß daneben noch ein Testament, wenn auch nur durch utiles actiones, aufrecht erhalten werde [1]). Dann aber fällt in solchem

1) Die insbesondere vom Anwachsungsrechte bei der Intestaterbfolge sprechenden Stellen erwähnen zwar meines Wissens den Fall nirgends, wenn nicht durch einfachen Verzicht, sondern durch Anerkennung des ungiltigen Testamentes einer der gesetzlichen Erben sich ausschließt (vgl. l. 9 D. de suis et legit. [38. 16] u. § 4 J. de S. C. Orphit. [3. 4]; l. 1 § 9 D. ad S. C. Tertull. [38. 17]; und wegen der prätor. Erbfolge l. 3 § 9 — l. 6 D. de B. P. [37. 1]; l. un. C. quando non pet. [6. 10]). Doch kann unter dem in den Stellen Vorkommenden: vel alia causa impediti fuerint, quo minus adeant — nolle hereditatem ad se pertinere — spernere ius suum — non petere bonor. possessionem etc. auch unser Fall ebensowohl begriffen sein wie nicht; und meines Erachtens kann nur da von dem Accrescenzrechte abgesehen werden, wo der Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest überhaupt nicht streng durchgeführt ist, was von der Intestaterbfolge (auch gegen ein Testament) nicht behauptet werden kann. Vgl. überhaupt Mayer, das Recht der Anwachsung, bes. S. 243 ff.; Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1 S. 275 ff.

Falle auch mehr oder weniger der Grund weg, um dessentwillen der Anerkennung eines nichtigen Testamentes unter Umständen absolute Wirksamkeit gegeben wird. Dies geschieht ja, um den Willen des Erblassers aufrecht zu erhalten, ein Zweck, der schon dann regelmäßig nicht zur Ausführung gelangen kann, wenn auch nur einer der Interessenten auf seinem Intestaterbrechte besteht. Es ist eben sehr die Frage, ob dem Erblasser eine nur theilweise Ausführung seiner Anordnungen, wie sie sich im concreten Falle gestalten würde, genehm gewesen wäre [2]).

Hiernach würde allerdings in dem Falle, wenn nicht alle Intestaterben, denen zugleich diese Succession deferirt ist, über die Anerkennung des Testamentes einig sind, demjenigen, welcher nach Kräften den darin ausgesprochenen Willen erfüllen möchte, nichts Anderes übrig bleiben, als der vorhin erwähnte Weg, daß er die Erbschaft mit den Uebrigen ab intestato antritt, um seinen Erbtheil den im Testamente Bedachten zuzuwenden.

Also erleidet der von uns vertheidigte Satz über die Aufrechterhaltung des nichtigen Testamentes durch utiles actiones nach bindend geschehener Anerkennung die sehr wesentliche Beschränkung auf den Fall, wo diese Anerkennung von sämmtlichen zunächst gegen dasselbe Berechtigten vorgenommen ist.

II.

Die Berechtigten können nun aber auch noch andere Personen sein, als gerade die Intestaterben. Wenn nämlich neben dem nichtigen Testamente noch ein giltiges Testament (namentlich ein älteres) existirt, so ist die Erbschaft nicht dem Intestaterben, sondern unter Ausschluß desselben dem im giltigen Testamente Eingesetzten deferirt. Es leidet nun keinen Zweifel, daß hier an sich dieselben Regeln anzunehmen, welche im Obigen in Beziehung auf die vom Intestaterben vorgenommene Anerkennung aufgestellt sind [3]). Allein es ist hier nicht immer bloß der eingesetzte Erbe, welcher ein berechtigtes Interesse an dem Wegfallen der spätern nichtigen Disposition hat. Darum muß ich hier noch auf einige Unterscheidungen eingehen.

a. Sind der im giltigen Testamente Eingesetzten Mehrere, so muß auch hier angenommen werden, daß das entgegenstehende nichtige Testament

2) Es mag auch hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß ja der anerkennende Intestaterbe keineswegs so anzusehen ist, als gebe er seine Ansprüche bloß zu Gunsten des Instituirten auf; vielmehr ist anzunehmen, er habe im Interesse des ganzen letzten Willens, also in dem aller darin Bedachten verzichten wollen; weshalb denn von einem bloßen Einrücken des Testamentserben in die Stelle des agnoscirenden Intestaterben, und ohne die Verpflichtung, die onera testamenti zu übernehmen, ohnehin gar nicht die Rede sein kann.

3) Vgl. Francke im Archiv Bd. 19 S. 196 ff.

auf die angegebene Weise (durch utiles actiones) nur dann aufrecht erhalten werden kann, wenn alle rücksichtlich der Unterwerfung unter dasselbe einmüthig sind. Tritt also auch nur Einer von ihnen die Erbschaft aus dem giltigen Testamente an, so muß dasselbe in allen seinen Theilen aufrecht erhalten werden, und zwar in der Weise, daß dem Antretenden die Erbtheile seiner Miterben accresciren. Aus zweien — sich nach Lage der Sache wohl immer wenigstens z. Th. widerstreitenden — Testamenten zugleich kann die Erbschaft nicht deferirt werden. Ebensowenig wie im vorher besprochenen Falle der in der nichtigen Disposition Instituirte in die Stelle des verzichtenden gesetzlichen Erben tritt, ebensowenig kann er hier in die des agnoscirenden Testamentserben eintreten. Diesem bleibt mithin, wenn er die Absicht hat, den im nichtigen Testamente enthaltenen Willen des Erblassers möglichst zu erfüllen, nur der Weg der Annahme des ihm in dem giltigen Testamente hinterlassenen Erbtheils übrig, um denselben sodann im angegebenen Sinne zu verwenden.

b. Aber auch wo nur eine Person im giltigen Testamente zum Erben eingesetzt ist, kann doch nicht absolut behauptet werden, daß ihre an sich in bindender Weise geschehene Anerkennung die Aufrechterhaltung des anderen, nichtigen, zur Folge habe. Denn eben hier können noch andere Berechtigte in Betracht kommen. Wenn dem Instituirten nämlich Jemand substituirt, oder er nur heres fiduciarius ist, so läßt sich nicht leugnen, daß seine Anerkennung allein dem zweiten Testamente keinen Halt gewähren kann. Denn weil in der Unterwerfung unter den späteren nichtigen Willen des Erblassers implicite ein Aufgeben des aus dem älteren deferirten Erbrechtes liegt, so ist für den Substituten gerade jetzt der Fall eingetreten, wo ihm selbst die Erbschaft deferirt ist[4]); der Universal-Fideicommissar andererseits ist nun in die Lage versetzt, wo er berechtigt erscheint, den Fiduciar zur Antretung und zur Herausgabe der fideicommissarischen Erbschaft zu zwingen. — Legatare dagegen sind nicht so günstig gestellt. Denn der Nichterwerb der im Testamente deferirten Erbschaft durch den Eingesetzten hat an sich (wenn eben Niemand ihm substituirt, oder er nicht nur Fiduciar war) mit dem Hinfälligwerden des ganzen Testamentes auch das der Legate zur Folge, da die Legatare an und für sich kein Recht haben, den Eingesetzten zur Antretung zu zwingen[5]). Es wird ihnen mithin nur dann zu helfen sein, wenn der Nichterwerb in fraudem legatariorum geschah, weil dann das Edict „si quis omissa causa testa-

4) Der Substitut steht eben anders, als der nachstehende Intestaterbe, weil er nach dem Willen des Erblassers in allen den Fällen Erbe werden soll, wenn der principaliter Ernannte nicht antreten kann oder will.

5) Cf. l. 6 § 8 i. f.; l. 17 D. si quis omissa causa test. (29. 4).

menti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem" Platz greifen muß, sobald nur dessen sonstige Voraussetzungen statthaben; insbesondere also dann, wenn der Eingesetzte in Folge seiner Anerkennung des nichtigen Testamentes Vortheile aus demselben erhielt. Freilich wird gerade dieser Fall, wo der Instituirte eben auf Grund eines anderen nichtigen Testamentes, dem er sich unterwarf, etwas aus dem Nachlasse erwirbt, weder im Edicte, noch, so viel ich sehe, in der Casuistik der Quellen erwähnt; allein das Edict hat sich ja bekanntlich keineswegs auf den Fall beschränkt, wo der zum Nachtheile der Legatare causam testamenti Omittirende gerade ab intestato in den Besitz von Vermögenstheilen des Erblassers gelangt war [6]); — weshalb denn eine Erstreckung desselben auf unseren Fall ganz unbedenklich erscheint.

§ 10.

5. Unzulässigkeit einer Anerkennung pro parte.

Schließlich muß noch die Frage erörtert werden, ob eine Anerkennung pro parte möglich sei. Sie möchte zu verneinen sein. Unzweifelhaft dann, wenn dem Anerkennenden in Folge der Anerkennung Vortheile, z. B. durch Annahme eines Legates oder durch Ausübung eines Nießbrauches, zugeflossen sind. Denn es ist natürlich unmöglich, daß Jemand, der eine Disposition umstößt, doch das darin ihm Zugewandte an sich nehmen könne [1]). Aber auch in den übrigen Fällen spricht nichts für die Bejahung dieser Frage, weil, wer auch nur theilweise sein entgegenstehendes Recht geltend macht, damit die betreffende Disposition völlig stürzt, und ein Nebeneinander von Intestat- und testamentarischer Succession regelmäßig unzulässig ist [2]). Wenn daher z. B. der eingesetzte Erbe, welcher zugleich

6) Vgl. verba Edicti „vel alio modo"; l. 1 § 9; l. 2 pr. D. eod. (29. 4).

1) „Nam absurdum videtur, licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim evertere." L. 7 D. de bonis libert. (38. 2). Bei Beurtheilung eines solchen Falles sagt ein Helmstedter Gutachten aus d. J. 1725 (Leyser Meditatt. Tom. 5 Sp. 307 Med. 12): die Partei „sei keineswegs befugt gewesen, einen letzten Willen nur pro parte anzuerkennen, das ihr darin zugestandene emolumentum anzunehmen und das angehängte onus zu decliniren, folglich zugleich ex pacto und ex testamento wider alle Billigkeit zu succediren"...

2) Bei Mevius Decis. Pars 7 Decis. 9 findet sich die Bemerkung, daß, wer durch einen Vergleich in einem Punkte den nichtigen Willen des Erblassers anerkenne, diesen auch in den übrigen Punkten anerkennen müsse, wenngleich sich der Vergleich auf diese nicht mit bezogen habe.

zur Anfechtung befugt war, eins der Legate so auszahlt, daß darin eine ihn bindende Unterwerfung unter den letzten Willen ersichtlich ist, oder sich auf andere Weise als testamentarischer Erbe gerirt, so erscheint er consequenter Weise zur Erfüllung sämmtlicher Anordnungen des Testamentes verpflichtet. In einer bestimmten Anwendung ist dieser Grundsatz auch von Justinian in der Nov. 1 cap. 3 direct anerkannt, wo vorgeschrieben wird, daß der Erbe, welcher eins der der Lex Falcidia unterworfenen Legate unverkürzt auszahlt, zu einer gleichen Prästation sämmtlicher Legate verpflichtet sei, weil es unzulässig erscheine, daß Jemand „pro parte quidem voluntatem defuncti impleat, pro parte eam imminuat“ [3]).

Es kann nun natürlich nicht davon die Rede sein, daß wer sein gegen den letzten Willen zustehendes Recht in der That geltend gemacht hat und dann doch noch eine oder die andere der in der umgestoßenen Disposition getroffenen Anordnungen erfüllt, nun zur Erfüllung aller dieser Anordnungen verpflichtet sei. Denn hier ist natürlich nicht mehr der Gesichtspunkt einer Befolgung des letzten Willens denkbar. Es kann vielmehr in Leistungen dieser Art nur ein Act reiner Liberalität gefunden werden. Es muß dies selbst von dem obigen Falle behauptet werden, wo der Erbe ein Legat auszahlt, ohne die ihm gebührende Quart abzuziehen, insofern in der Art und Weise, wie diese Handlung im concreten Fall vorgenommen wird, eben nicht eine Unterwerfung unter den Willen des Verstorbenen (was sie präsumtiv allerdings enthält), sondern eine Liberalität zu finden sein sollte [4]).

3) Vgl. oben S. 42 Anm. 34.

4) In dieser Frage findet sich bei Donell (Comm. absol. ad Cod. s. l. 16 § 1 C. de testam. [6. 23] Nr. 4) ein vollständiges Verkennen des richtigen Standpunktes.

II. Rescissible letztwillige Verfügungen.

A. Erfordernisse der bindenden Anerkennung.

§ 11.

1. Bei der querela inofficiosi testamenti[1]).

Hier muß dieselbe Stelle, welche den Ausgangspunkt unserer Untersuchung über die Wirksamkeit der Anerkennung nichtiger letztwilliger Dispositionen bildete, wiederum an die Spitze gestellt werden. Die l. 5 pr. D. de his quae ut indignis aufer. (34. 9) lautet:

> Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere; *inofficiosum autem dicere non permittitur*[2]).

Es werden also nichtige und gefälschte Testamente direct solchen entgegengesetzt, welche durch die Querel anfechtbar waren. Soviel ist mit Sicherheit zu sehen, daß die Regel folgende ist: die Anerkennung[3]) jener präjudicirt dem Anerkennenden nicht, die Anerkennung dieser dagegen präjudicirt ihm. Wie nun diese Regel, wie oben gezeigt, rücksichtlich nichtiger Testamente eine Ausnahme (und zwar im Fall der calumnia des Anerkennenden) erleidet, so brauchen wir uns nicht zu wundern, wenn auch der letztere Theil derselben nicht ganz streng durchgeführt sein sollte. Das

1) Vgl. Donelli Comm. iur. civ. Lib. 19 c. 6; Voet Comm. ad Pand. Lib. 5 Tit. 2 § 32 sqq.; Grupen Disceptat. forens. cap. 5 pag. 373 sqq.; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 441 ff.; Francke, Recht der Notherben S. 320 ff. und im Archiv Bd. 19 S. 179 ff.; Mejer in Schweppe's Röm. Privatrecht Bd. 5 § 967; Bähr, die Anerkennung, II. A. S. 216 ff.

2) Mit diesem Unterschiede stimmt die Ausdrucksweise fast aller Stellen überein. Bei nichtigen Testamenten gehen sie davon aus, daß nach geschehener Anerkennung das Klagrecht nicht verloren (cf. l. 3 D. de Lege Cornel. de fals. [48. 10]; l. 3 C. eod. [9. 22]; l. 8 D. de hered. petit. [5. 3] u. s. w.); bei den bloß anfechtbaren davon, daß es verloren ist.

3) Daß die in der Stelle angeführte Art der Anerkennung, Annahme eines Legates, nur beispielsweise zu verstehen ist, wurde schon oben im § 1 Anm. 29 gesagt.

versteht sich aber vorweg von selbst, daß jede Handlungsweise, welche in Bezug auf **nichtige** Testamente als **bindende** Anerkennung erscheinen würde, diese Wirkung auch für denjenigen haben muß, welchem die **Querel** zusteht.

Es fragt sich nun, auf welchen Punkt die Entgegensetzung beider Arten von letztwilligen Verfügungen in der eben citirten Stelle zu beziehen sei. Da liegt nun nichts näher, als diesen darin zu finden, daß, während bei nichtigen Testamenten jeder Irrthum entschuldigt werde, bei den mit der Querel anfechtbaren ein solcher nicht zur Entschuldigung gereiche. Dieser Ansicht neigt sich nun auch der Hauptschriftsteller über unsere Lehre zu[4]).

Directe Auskunft darüber, ob dies in der That der wesentliche Unterschied sei, wird uns nun in den Quellen nicht gegeben. Es sollen die betreffenden Stellen[5]) hier zusammengestellt werden.

Ganz allgemein spricht:

l. 7 Cod. Theod. de inoff. testam. (2. 19):

Si quis defuncti agnoverit voluntatem, de inofficioso agere prohibetur[6]).

Einzelne Fälle:

Annahme eines Legates.

l. 10 § 1 D. de inoff. testam. (5. 2):

Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alii administravit[7]).

l. 12 pr. D. ibid.:

Nihil interest, sibi relictum legatum filius exheredatus agnoverit, an filio servove relictum consecutus sit; utrubique enim praescriptione summovebitur ...[8]).

4) **Francke** im Archiv Bd. 19 S. 179 ff.; vgl. Notherbenrecht S. 327. Von der von ihm, ebenso wie bei der B. P. contra tabulas, gestatteten Ausnahme wird gleich die Rede sein.

5) Die Interpretation eines Theils derselben bietet Schwierigkeiten, weshalb wir uns bei einzelnen etwas länger werden aufhalten müssen.

6) Diese Stelle beweist für den Ausschluß der Entschuldbarkeit des Irrthums indessen nichts, da sie in ihrem wahren Zusammenhange nur als eine beispielsweise Anführung vorkommt und als solche gewiß eine Entscheidung nicht beabsichtigt. Sie ist nämlich aus der größern l. 7 Cod. Theod. de testam. (4. 4) entnommen, die sich auch zum größten Theile, aber gerade ohne diesen Passus, im Justin. Codex findet (l. 8 C. de codicillis [6. 36] u. l. 2 C. de B. P. contra tab. liberti [6. 13]).

7) Ueber diese Ausnahme s. unten S. 73 Anm. 14.

8) Nicht aber schadet es dem Sohne in väterlicher Gewalt, wenn sein Vater aus dem Testamente der Mutter, gegen das der Sohn die Querel gehabt hätte, ein Legat annahm. l. 22 pr. D. h. t. (5. 2); cf. l. 8 pr. eod.

Ausdrückliche Anerkennung.

l. 31 § 4 D. ibid.:

Quid ergo, si alias voluntatem testatoris probaverim? puta in testamento adscripserim post mortem patris, consentire me? Repellendus sum ab accusatione [9]).

Zahlung von väterlichen Schulden *pro hereditaria parte.*

l. 8 § 1 C. h. t. (3. 28):

Qui autem agnovit iudicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit, vel alio legitimo modo, etiamsi minus, quam ei debebatur, relictum est, si is maior vigintiquinque annis est, accusare ut inofficiosam voluntatem patris, quam probavit, non potest.

Abschluß von Rechtsgeschäften mit den Erben, und zwar in Bezug auf diese ihre Eigenschaft.

l. 23 § 1 D. h. t. (5. 2):

Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt, vel res singulas, scientes eos heredes esse [10]), aut conduxerunt praedia aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt heredi, quod testatori debebant, iudicium defuncti agnoscere videntur et a querela excluduntur.

Abschluß eines Vergleichs mit den Erben über die Erbschaft (unter Umständen).

l. 35 § 1 C. h. t. (3. 28):

. . . Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit [11]).

9) Das „post mortem patris" muß (wie auch die Basiliken ergeben) unzweifelhaft zu „adscripserim" gezogen werden; nicht zu „consentire me" (wie z. B. Busius Comm. ad Pand. s. h. l. [Daventr. 1656 p. 268] annimmt; er glaubt daher, daß l. 35 § 1 C. h. t. [3. 28] eine Abänderung dieses Satzes enthalte).

10) Wenn man Erbschaftsgegenstände, von denen man nicht weiß, daß sie diese Qualität haben, oder Erbschaftsgegenstände von Jemandem kauft, ohne zu wissen, daß er sie als Erbe besitzt, so ist dies natürlich eine ganz unpräjudicirliche Handlung (s. oben § 1 S. 7).

11) Vorher wird nämlich die Nichtigkeit des bei Lebzeiten des Erblassers abgegebenen Versprechens, seinen letzten Willen nicht durch die Querel anfechten zu wollen, mit Bezugnahme auf ein Responsum des Papinian ausgesprochen, „in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos". Eine ähnliche, aber anders motivirte Entscheidung aus dem Lib. 13 Respons. des Papinian findet sich in l. 15 § 1 D. ad Leg. Falcid. (35. 2), vgl. oben § 4 Anm. 16; wogegen Paulus (Rec. Sent. Lib. 4 tit. 5 § 8) sich in der That der obigen Motivirung bedient.

Verfechtung eines fremden, auf dem Testamente beruhenden, Anspruchs vor Gericht.

l. 32 pr. D. ibid. (5. 2):

Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocationem praebuit procurationemve susceperit, removetur ab accusatione; agnovisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobavit [12]).

Ein solches Auftreten selbst für fremde Interessen schadet indessen nicht, wenn es von einem Tutor nomine pupilli geschah [13]).

§ 4 J. h. t. (2. 18):

Si tutor nomine pupilli, cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere [14]).

Mehrere Stellen kommen noch vor, in welchen der Fall besprochen wird, wo der berechtigte Notherbe aus dem Testamente etwas nicht direct, sondern indirect (wieder durch Erbgang) erhält.

l. 31 § 2 D. h. t. (5. 2):

Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit, maxime si eam portionem non possideam, vel iure suo possideam.

l. 31 § 3 D. ibid.:

Diversum dicemus, si legaverit mihi eam rem, quam quis ex eo testamento acceperat; nam si eam agnoscam, repellar ab accusatione.

l. 32 § 1 ibid.:

Si legatario heres extiterit exheredatus petieritque legatum, videbimus, an sit summovendus ab hac accusatione; certum est enim iudicium defuncti, et rursus nihil ei ex testamento relictum, verum est; tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati.

12) Dies heißt ziemlich weit gehen. Cf. l. 14 § 9 D. de bonis libertor. (38. 2) und l. 54 D. de R. V. (6. 1).

13) Der Grund dieses Unterschiedes wird des Weiteren erörtert z. B. bei Voet Comm. ad Pand. Lib. 5 Tit. 2 § 32; Noodt Comm. ad h. tit. (Opp. Colon. 1763 Vol. II. p. 137).

14) Auf diesen und verwandte Fälle möchte denn wohl die in l. 10 § 1 cit. D. h. t. erwähnte Ausnahme „nisi id totum alii administravit“ zu beziehen sein. So wird es auch in den Scholien zu den Basiliken aufgefaßt (XXXIX, 1 c. 9 § 1).

Die beiden letzteren Stellen sind klar und consequent. Wenn Jemand mir eine Sache vermacht, die er selbst erst dem von mir anfechtbaren Testamente verdankt, und ich nehme dies Legat an, so liegt darin offenbar ein Anerkenntniß jenes Testamentes (l. 31 § 3 cit.). Ebenso, wenn ich, da ich Erbe des im inofficiösen Testamente bedachten Legatars werde, das Legat einfordere (l. 32 § 1 cit.). Auffallend ist in der letzteren Stelle weniger die etwas vorsichtige Fassung der bejahenden Antwort auf die aufgeworfene Frage [15]), als die angegebene Motivirung. Der Jurist hebt nämlich als sich widersprechende Entscheidungsgründe hervor: die Bestimmtheit des Willens des Erblassers, welcher den Notherben enterbt hatte; und den Umstand, daß dem Enterbten persönlich gar nichts hinterlassen war (der also an sich die Berechtigung zur Querel involvirte). Während der Zweifelsgrund doch eigentlich, wenn überhaupt, nur darin bestehen könnte, ob der, welcher etwas erst aus zweiter Hand erhielt, dem gleich geachtet werden könne, welcher ein ihm selbst hinterlassenes Legat angenommen hat, würde der Entscheidungsgrund lauten müssen: gewiß, denn auch hierin liegt mit Bestimmtheit eine Anerkennung. Es paßt also ganz wohl der Passus: „et rursus nihil ei ex testamento relictum verum est"; nicht aber der andere: „certum est enim iudicium *defuncti*". Jede Schwierigkeit würde verschwinden, wenn wir das Wort „defuncti" ganz streichen oder statt desselben lesen dürften „eius" oder „exheredati". Der betreffende Passus würde dann bedeuten: denn die Willenserklärung des Enterbten, welcher das Legat gefordert hatte, ist vollkommen bestimmt genug [16]).

Dagegen hat man die erstcitirte l. 31 § 2 D. h. t. auch ihrem Inhalte nach für nicht ganz zweifellos gehalten. Wohl mit Unrecht. Voran wird der Satz gestellt: wenn ich Erbe desjenigen geworden bin,

15) Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 441 f.

16) Daß der Text, wie er sich in den Handschriften findet, ungenügend sei, leugnet Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 441 ff. gegen Francke, Notherbenrecht S. 321 f., gewiß mit Unrecht. Die Conjectur des Letztern geht dahin, zwischen „certum est enim" und „iudicium defuncti" die Worte „eum agnovisse" einzuschieben; wodurch denn allerdings derselbe Sinn erreicht würde, welchen wir durch Aenderung nur eines Wortes zu erreichen suchen. Unsere im Text gegebene Conjectur ist übrigens gar nicht sehr gewaltsam, da der Abschreiber, welchem in dieser Lehre häufig genug (z. B. gleich im princ. unserer Stelle) die Worte „iudicium defuncti" begegneten, leicht zu diesem Schreibfehler veranlaßt werden konnte, weil er bei „iudicium" unwillkürlich an das iudicium des defunctus dachte. — In Mommsen's Pand.-Ausgabe wird vorgeschlagen, *seculum* (statt certum) zu lesen, und Goudsmit eenige Opmerkingen betr. het rom. Regt (1865) p. 21 citirt, welcher *secutus est* lesen will.

welcher in dem von mir anfechtbaren Testamente, das ich auch anzufechten willens bin, eingesetzt ist, so kann dies mir nicht schaden. Dieser Satz ist keinem Zweifel unterworfen, da in dem Erbewerden an sich noch gar keine Thätigkeit liegt, aus welcher ein Anerkenntniß des anfechtbaren Testamentes zu folgern wäre. Es muß also noch etwas hinzukommen; z. B. wenn ich den testamentarischen Erbtheil meines Erblassers auf Grund jenes Testamentes von einem dritten Besitzer desselben einforderte oder annähme[17]. Paulus hebt nun aber noch besonders hervor: „maxime si eam portionem non possideam, vel iure suo possideam“. Also vorzüglich (nicht aber ausschließlich) dann soll mir die Antretung der Erbschaft hinsichtlich des Verlustes der Querel nicht schaden, wenn diese beiden Fälle vorliegen. Zuerst „si eam portionem *non* possideam“, d. i. wenn der im fraglichen Testamente meinem Erblasser hinterlassene Erbtheil (die dazu gehörigen Gegenstände) gar nicht in meinen Besitz gekommen ist (entweder weil er sich im Nachlasse meines Erblassers noch nicht oder nicht mehr vorfand[18]), oder weil ich selbst Bedenken getragen habe, den Besitz desselben zu ergreifen). Sodann: „si *iure suo* possideam“. Dies ist schwieriger. Es kann aber nichts Anderes heißen, als: wenn sich der Erbtheil bereits in meinem Besitze befand, ehe ich Erbe des auf ihn Eingesetzten wurde, ich also nicht erst in dieser letzteren Eigenschaft Besitz ergriffen habe. „Iure suo“ heißt demnach: „aus eigenem Rechte“[19]. Der Fall liegt z. B. vor, wenn ich einmal im Besitze des mir als einem widerrechtlich Exheredirten gebührenden Erbtheils bin und diesen Besitz zu behaupten beabsichtige, auch gegen die Erbschaftsklage des Instituirten[20].

Annahme dessen, was auf Grund des Testamentes *conditionis implendae causa* gegeben wird.

17) Arg. l. 31 § 3; l. 32 § 1 citt. D. h. t.

18) Francke a. a. O. S. 323 führt das Beispiel an: wenn mein Erblasser den Erbtheil als Universalvermächtniß oder sonst sei es durch letztwillige Bestimmungen oder inter vivos auf Andere übertragen hat. Der von Mühlenbruch a. a. O. S. 457 gemachte Einwand, daß der Fall der Veräußerung unter Lebenden nicht passe, ist wohl nicht richtig. Denn das Hauptgewicht ist offenbar darauf zu legen, daß sich der fragliche Erbtheil, in dessen Annahme eine Anerkennung liegen würde, gar nicht mit im Nachlasse meines Erblassers findet.

19) Die Basiliken (XXXIX, 1 c. 27 i. f.) übersetzen den Passus: *καὶ μάλιστα εἰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ νέμομαι ἢ ἐξ ἰδίου μου δικαίου νέμομαι αὐτό* — wörtlich: insbesondere wenn ich diesen Theil (zur Zeit, da ich die Querel anstellen will) nicht im Besitze habe, oder denselben auf Grund eines eigenen Rechtes im Besitze habe. Daß die Worte iure suo nicht in „iure meo“ umgeändert werden müssen, hat Francke a. a. O. S. 323 f. an einer Reihe von Belegstellen gezeigt.

20) Cf. l. 8 § 13 D. h. t.

l. 12 § 1 D. h. t. (5. 2):

Si a statulibero exheredatus pecuniam petere coeperit, videri agnovisse parentis iudicium[21]).

Hierhin gehört denn auch die berüchtigte l. 8 § 10 D. h. t. Hier wird im Allgemeinen die Regel aufgestellt, daß die wissentliche Annahme dessen, was dem Erben oder Legatar aufgegeben ist, conditionis implendae causa zu zahlen, als Anerkennung des letzten Willens gelten müsse, mithin die Querel ausgeschlossen sei. Absolut gelte dies, wenn man vom Erben eine solche Zahlung angenommen habe, „quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela", d. h. da erst nach der Annahme des als Bedingung zu Leistenden der Eingesetzte die Erbschaft erwerben kann, der Enterbte durch die Annahme demselben zur Erbschaft verhilft, so würde er sich selbst widersprechen, wenn er mit der nun erst denkbaren Querel dem Eingesetzten die Erbschaft wieder abnehmen wollte. — Nicht so unbedingt gelte dies bei der Annahme dessen, was einem Legatar als Bedingung auferlegt sei. Hier müsse unterschieden werden, ob diese Annahme vor oder nach Anstellung der Querel erfolgt sei[22]). Geschah sie vor der Erhebung dieser Klage, so müsse man wohl annehmen, daß der Notherbe sich damit dem Willen des Testirers habe unterwerfen wollen, welcher ihm durch Auferlegung jener Bedingung einen Ersatz für den nicht hinterlassenen Erbtheil gewährt habe. Die Querel sei also ausgeschlossen. Dagegen möchte nach einmal erhobener Klage in der Annahme jenes zu Leistenden ein Verzicht auf dieselbe nicht zu finden sein[23]). Der Grund hiervon wird nicht angegeben. Nach unserer Meinung ist es der folgende. Zunächst hat der Notherbe durch Erhebung der Querel die allerdeutlichste Absicht gezeigt, daß er das Testament nicht anerkennen, daß er es vielmehr zur Seite schieben will. Wenn er nun etwas annimmt, was ihm ein Legatar (mit dem er obenein gar nicht processirt) conditionis implendae gratia anbietet, so ist das durchaus noch kein Beweis, daß er den durch Klageerhebung ausgesprochenen Willen aufgegeben habe, indem dieses Annehmen ganz andere Gründe haben kann. Z. B. kann er die Absicht haben, nach erreichtem Obsiegen im Processe die Legate, Freiheits-Ertheilungen ꝛc. zu erfüllen, und nimmt deshalb das ihm conditionis im-

21) Der Sclave war hier also gerade unter der Bedingung freigelassen, dem Enterbten eine Summe Geldes zu zahlen. Vgl. Basil. XXXIX, 1 c. 11 Schol. 3.

22) Diese Unterscheidung ist nach dem eben Bemerkten im ersten Falle (wo die Bedingung dem Erben auferlegt war) unmöglich.

23) So müssen die Worte „numquid semel natam inofficiosi querelam non perimat legatarii oblatio?" verstanden werden.

plendae causa Dargebotene an[24]). Dies möchte der Sinn des in unserer Stelle gemachten Unterschiedes sein; wobei man indessen einräumen muß, daß Manches nur errathen werden kann, indem die Ausdrucksweise derselben als eine äußerst verschrobene und dunkle bezeichnet werden muß[25]).

Blicken wir nun auf diese verschiedenen Quellenäußerungen zurück, um an ihnen das Francke'sche Princip zu prüfen, so ergiebt sich Folgendes: Die meisten Stellen sprechen ganz unbedingt die Wirksamkeit der geschehenen Anerkennung aus, ohne auf einen etwa stattgehabten Irrthum Rücksicht zu nehmen; andere haben Fälle vor Augen, in welchen die Anerkennung unzweifelhaft wissentlich geschah, ohne daß sie jedoch diesen Umstand als einen solchen betonen, von welchem die Wirksamkeit der Agnitionshandlung abhängig sei[26]). Noch andere endlich stellen eine bestimmte Wissenschaft als nothwendiges Erforderniß einer wirklichen Anerkennung auf. Die letztere Klasse bilden l. 23 § 1 und l. 8 § 10 D. h. t. (5. 2).

Es ist in der Einleitung gezeigt, daß bei der Anerkennung ein doppeltes Moment zu unterscheiden ist; sie muß eine wirkliche Unterwerfung unter den letzten Willen enthalten, und zweitens mit der Kenntniß der Ungiltigkeit desselben vorgenommen sein. Nur dann liegt eine wahre, bewußte, ächte Anerkennung vor.

Die gedachten beiden Stellen beziehen sich nun nur auf das erste Moment. In der einen ist von Rechtsgeschäften die Rede, die man über Erbschaftsgegenstände und mit dem Erben, und zwar wissend, daß sie

24) Wie dies von Einfluß auf den zwischen dem Notherben und dem Eingesetzten schwebenden Proceß nicht sein kann, so wird dadurch unter allen Umständen der Legatar zur demnächstigen Forderung seines Legates gegen den obsiegenden Notherben berechtigt. — Anders würde es allerdings sein, wenn der Letztere von dem instituirten Erben auch nach Anstellung der Querel ein ihm im Testamente hinterlassenes Legat annehmen würde. Hierin liegt ein Verzicht: „liti renuntiare videtur", wie l. 30 D. de minor. (4. 4) in einem ganz ähnlichen Falle sagt.

25) Die l. 8 § 10 cit. wird sehr verschieden erklärt. Vgl. besonders Francke, Notherbenrecht S. 325 f. (der namentlich den letzten Theil des Textes für interpolirt erklärt) und Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 444—454 (wo nicht ohne Glück eine Widerlegung dieser Francke'schen Meinung versucht wird); s. auch Roßhirt, Testamentar. Erbrecht I. S. 113 f.; Schmidt, Pflichttheilsrecht d. Patronus S. 56 Not. 65. In den Basiliken (XXXIX, 1 c. 8 Tom. IV. p. 15) wird die Stelle im Auszuge folgendermaßen wiedergegeben: „Wenn Jemand das ihm vom Erblasser conditionis implendae causa Hinterlassene vor der Litiscontestation angenommen hat, kann er die Querel nicht mehr anstellen; denn er hat den Willen desselben anerkannt." Das beigedruckte Schol. 23 giebt eine ausführlichere Analyse des Textes Ulpian's, die aber meines Erachtens wenig geeignet ist, die Schwierigkeiten desselben zu beseitigen.

26) Z. B. l. 31 § 4; wohl auch l. 32 pr. citt. D. h. t.

Erben seien, abschließt; die andere giebt der Annahme von Leistungen, die den im Testamente Bedachten conditionis implendae gratia auferlegt sind, bindende Kraft, wenn der sie Annehmende wußte, daß sie in Folge des Testamentes gegeben wurden. Wo im einen wie im anderen Falle diese Kenntniß fehlt, der betreffende Interessent seine Handlung daher für eine — in dieser Beziehung — präjudicirliche Willenserklärung gar nicht ansehen kann, darf von einer Anerkennung überhaupt nicht die Rede sein. Dieser Fall kann aber selbstverständlich nur unter solchen Umständen eintreten, wo die betreffende Thätigkeit nicht schon an sich in nothwendiger Verbindung mit dem Testamente steht, wie z. B. Annahme oder Forderung einer Summe als eines im Testamente hinterlassenen Legates[27]), Befehl an den Haussohn oder Sclaven, den ihm hinterlassenen Erbtheil anzunehmen, Auftreten vor Gericht zur Vertheidigung des Testamentes u. s. w.

Hierher gehört endlich noch eine dritte Stelle, die ich bis hierher aufgespart habe. Die l. 12 § 2 D. h. t. (5. 2) von Modestin sagt nämlich:

> Si quum filius ademtum legatum instituerit petere, summotus repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est; quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

Der hier besprochene Fall ist der folgende: Ein Notherbe war in einem Testamente mit einem Legate bedacht. Er begnügte sich mit diesem und schritt zur Einklagung desselben. Da erst stellte es sich heraus (vielleicht weil der betreffende Codicill erst jetzt an den Tag kam), daß ihm der Erblasser dasselbe wieder entzogen hatte[28]). Gewiß muß ihm geholfen werden können, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die comprobatio testamenti noch gar keine Unterwerfung unter den letzten Willen des Erblassers (iudicium defuncti) enthielt, da jenes diesen (insbesondere soweit dieser letzte Wille den verletzten Sohn betraf) nur unvollständig

27) Man muß nämlich auch hier sagen: der Empfänger muß wissen, daß er das, was er annimmt, gerade als ein ihm in dem Testamente hinterlassenes Legat annimmt; nahm er es z. B. als ein seiner Meinung nach ihm dargebotenes Geschenk an, so präjudicirt er sich gewiß nicht. Vgl. auch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 455. S. überhaupt oben § 1 S. 1 f.

28) Offenbar muß die Stelle so verstanden werden, daß der Notherbe erst nach Einforderung des Legates erfuhr, daß dasselbe widerrufen sei. Dieser Meinung sind auch alle Interpreten. Vgl. Francke im Archiv Bd. 19 S. 183, Notherbenrecht S. 327; Mühlenbruch a. a. O. S. 455; Bähr a. a. O. S. 218.

erkennen ließ. Der Act ist daher an sich bedeutungslos, weil er das, was erforderlich ist, weder beabsichtigt noch erkennen läßt[29]). Hiermit stimmt denn freilich nicht völlig die Motivirung des Modestin, welcher deshalb die Anerkennung des Testamentes für unwirksam erklärt, weil sie durch ein Verschulden[30]) des Erblassers veranlaßt sei. Dieses ist zwar richtig, weil der Sohn natürlich ein Legat nicht hätte fordern können, mithin auch das Testament nicht anerkannt haben würde, wenn der Vater den zuletzt ausgesprochenen Willen, ihm nichts zu hinterlassen, gleich im Testamente, das der Sohn kannte, geäußert hätte. Aber dieses Grundes, der eine irrthümliche Anerkennung entschuldigen würde, bedarf es nach dem Obigen nicht, weil eine solche Anerkennung, auf die es nur ankommen kann, gar nicht stattgefunden hatte[31]).

Wie dem aber auch sein mag, so ist so viel klar, daß auch diese Stelle das zweite Erforderniß, die Kenntniß des Rechts der Anfechtung des anerkannten letzten Willens, nicht betrifft.

Hinsichtlich dieses Momentes geben daher die Quellen überhaupt keine Auskunft, weder was den factischen, noch den Rechtsirrthum betrifft. Unstreitig wohl aus dem Grunde, weil — von einem Rechtsirrthum abgesehen — wegen des verwandtschaftlichen Verhältnisses zum Erblasser die zur Querel berechtigten Personen, insbesondere wenn sie das ihnen nachtheilige Testament anerkennen, kaum je in einem Zweifel darüber sein können, daß sie zu diesen Personen gehören.

29) Vgl. § 1 S. 2.

30) Vitium ist hier in der Bedeutung von culpa zu nehmen, wie in manchen anderen Stellen. Die Variante iudicio für vitio giebt augenscheinlich noch nicht einmal einen so guten Sinn.

31) Zu erwähnen ist hier auch der in l. 3 § 7 D. de cond. causa d. (12. 4) vorkommende Fall, wo der Sclave im Testamente unter der Bedingung, dem Erben eine Summe zu zahlen, in einem spätern Codicille aber pure freigelassen war. Wenn er ohne Kenntniß des Codicills sich der ihm im ungünstigeren Testamente auferlegten Bedingung unterworfen und die Summe dem Erben gezahlt hatte, so kann er sie zurückfordern. Dies war im Gegensatze zu der Ansicht des ältern Celsus die des jüngern (sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse). — Daß die in der Zahlung liegende Unterwerfung unter die scheinbar, aber nach dem Inhalte des Codicills keineswegs dem Willen des Erblassers entsprechende Anordnung überhaupt keine eigentliche Anerkennung enthält, mithin die Zahlung mit der cond. indebiti zurückgefordert werden kann, ist von unserem Standpunkte aus selbstverständlich. Der Zweifelsgrund des ältern Celsus wird sich daher wohl, wie Witte, die Bereicherungsklagen S. 89 Not. 6 vermuthet, darauf gegründet haben, daß der Zahlung weniger eine Unkenntniß, als Pietätsrücksichten zum Motiv gedient hatten. Freilich steht damit die Geschichtserzählung, wie sie Ulpian nach Celsus giebt, nicht im Einklange. Die Unkenntniß der günstigern spätern Anordnung schließt präsumtiv ein anderes Motiv zur Zahlung als das, dazu verpflichtet zu sein, aus.

Sollte aber ein solcher Fall vorkommen, so steht auch die eigenthümliche Natur dieses Rechtsmittels [32]) nicht im Wege, auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen, und ich trage kein Bedenken, den von Francke [33]) in Uebereinstimmung mit Mühlenbruch [34]) aufgestellten Satz zu unterschreiben: „daß die Anerkennung des Testamentes denen nicht schadet, welche über ihre persönlichen Verhältnisse zum Erblasser, auf denen das Notherbenrecht beruht, in Unkenntniß waren"; natürlich vorausgesetzt, daß dieser Irrthum ein entschuldbarer, mithin kein Rechtsirrthum war [35]).

Da im Gegensatze zur Anerkennung nichtiger Dispositionen die eines mit der Querel anfechtbaren Testamentes an sich bindend ist, so stellt sich hier auch die Beweislast anders als dort. Freilich muß der mit ihr angegriffene Testamentserbe die geschehene Anerkennungshandlung, auf die er sich berufen will, beweisen; dann ist es aber Sache des Querulanten, replicando darzuthun, daß der Anerkennungsact einen nach dem Obigen entschuldbaren Mangel gehabt habe.

Hiernach läßt sich das gefundene Resultat rücksichtlich beider in Betracht kommender Momente folgendermaßen formuliren: Die Anerkennung des inofficiösen Testamentes schließt regelmäßig den zur Anstellung der Querel berechtigten Notherben von der Anfechtung aus, wenn er wußte, daß die von ihm vorgenommene Handlung die Anerkennung eines von ihm anfechtbaren Testamentes involvirte, oder er dies doch nur in Folge eines Rechtsirrthums nicht wußte.

Es ist daher zu viel gesagt, wenn man schon der nackten Thatsache der Anerkennung diese Wirkung beilegt, insofern dies heißen soll: daß auch die nur scheinbar, in Wahrheit aber nicht gewollte Unterwerfung unter allen Umständen als bindend angesehen werden müsse [36]).

32) Vgl. Bähr a. a. O. S. 217.

33) Archiv l. c. S. 184.

34) A. a. O. Bd. 35 S. 455.

35) Es ist die Annahme dieses Satzes um so unbedenklicher, weil er für das zunächst verwandte Rechtsinstitut, die B. P. contra tabulas des Emancipirten, in den Quellen anerkannt ist (s. § 12 a. E.).

36) Es ist bereits in der Einleitung (§ 1 Anm. 18) erwähnt, daß das äußere Moment der Anerkennung, die auf die eine oder die andere Weise ausgedrückte Unterwerfung unter einen letzten Willen, insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Willensrichtung keine verschiedenen Erfordernisse haben kann bei der Anerkennung nichtiger und bei der nur rescissibler Dispositionen. Dies wird durch die zuletzt besprochenen Quellenzeugnisse außer allen Zweifel gesetzt, wenn es nicht schon an sich selbstverständlich wäre.

§ 12.

2. Bei der bonorum possessio contra tabulas.

Während nach altem Rechte ein Testament, in welchem ein *suus heres* präterirt worden, nichtig war, hatte die Präterition eines emancipirten Kindes diese Folge nicht. Das Testament wurde vielmehr (vorausgesetzt, daß es sonst keine Mängel hatte) als nach Civilrecht giltig angesehen[1]); aber es fällt in sich zusammen, wenn der präterirte Emancipirte die bonorum possessio contra tabulas nachsuchte.

Das Recht desselben auf diese B. P. geht nun aber durch Anerkennung des letzten Willens verloren[2]). Dieses spricht eine ganze Reihe von Stellen aus, indem auch hier in den Quellen eine Anzahl concludenter Handlungen aufgeführt wird, welche als Anerkennung des Willens des Testators aufgefaßt werden sollen[3]).

So, wenn ein emancipirtes Kind, das selbst übergangen, dessen Sclave aber eingesetzt ist, diesem den Antritt der Erbschaft befohlen hat. Dasselbe kann die B. P. contra tabulas nicht mehr agnosciren[4]).

Besonders wird aber der Fall erwähnt, wenn der präterirte Emancipirte (d. h. der weder förmlich instituirt, noch exheredirt ist, gleichviel, ob er sonst, z. B. durch Legate bedacht ist) ein ihm hinterlassenes Legat angenommen oder gefordert hat. War er nämlich auf diese Weise bedacht, so hatte er ein Wahlrecht, ob er die B. P. agnosciren, oder ob er sich mit dem Hinterlassenen begnügen wollte. Hat er sich einmal für das Eine entschieden, so ist ein Rückgreifen auf das Andere ausgeschlossen. In der Annahme resp. Forderung des Legates liegt eine Repudiation der B. P. und umgekehrt.

Man vergleiche besonders l. 5 § 2 D. de legatis praest. (37. 5), wo von dem, welcher diese Wahl hatte, weil ihm im Testamente etwas hinterlassen war, gesagt wird: ... Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonor. possessionem petat an vero legatum

1) Francke, Recht der Notherben S. 132. 135; vgl. Schmidt, das formelle Recht der Notherben S. 21. 97.

2) S. Schmidt a. a. O. S. 94 f.

3) Was von dem präterirten Emancipirten gesagt wird, gilt auch von dem nicht präterirten suus oder emancipatus, wenn sie commisso per alium edicto in der Lage waren, die B. P. contra tabulas zu agnosciren. Vgl. besonders die unten erwähnte l. 14 pr. D. de B. P. contra tabulas (37. 4).

4) L. 3 § 15 D. eod. (37. 4).

persequatur; si elegerit contra tabulas, non habebit legatum; si legatum elegerit, eo iure utimur, ne petat bonor. possessionem contra tabulas.“ So reiht die l. 3 § 16 D. h. t. (37. 4) an den schon erwähnten Fall des § 15 ibid. folgende Worte: „Idemque est, et si legatum relictum sibi vel servo suo elegerit, nam et hic dicimus, bonor. possessionem contra tab. debere denegari.“ Ferner l. 10 § 2 und 3 eod., wo, nachdem der Ausnahmsfall erwähnt ist, wonach dem in adoptionem datus die auf Befehl seines Adoptivvaters geschehene Antretung der Erbschaft ex testamento nicht schaden soll, hinzugefügt wird: alias autem si quis legatum, si quis portionem [5]) sibi datam agnoverit, a contra tabulas bonorum possessione repellendus est. Und l. 30 D. de minor. (4. 4) sagt, daß ein präterirter Emancipirter, welcher nach seiner Volljährigkeit ein Legat aus dem Testamente des Vaters gefordert habe, die Restitution wegen Versäumniß der Frist nicht mehr erlangen könne: „quum ... electo iudicio defuncti repudiatum beneficium Praetoris existimaretur.“ Endlich gehört der in l. 14 pr. D. h. t. (37. 4) entschiedene Fall hieher. Es war von zwei emancipirten Söhnen der Eine eingesetzt, der Andere präterirt. Wenn nun der Eingesetzte aus dem Testamente angetreten habe, heißt es, so könne er nun nicht mehr die B. P. contra tabulas (nämlich commisso per alium edicto) [6]) nachsuchen, weil er sich dem Willen des Vaters unterworfen habe („quia iudicium patris secutus sit“), ebensowenig wie ein Emancipirter, welcher ein Legat angenommen hätte, noch zur B. P. zugelassen werden würde. Nachdem die etwaigen Nachtheile hiervon auseinandergesetzt sind, folgt die Anwendung auf den Fall, wo der Instituirte noch in des Vaters Gewalt, also necessarius heres war; wenn dieser sich nämlich immiscire, so verliere er die B. P.; „tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur, in eodem loco quo emancipatum haberi debere.“

Umgekehrt sagt dann die l. 18 § 1 D. h. t. (37. 4), daß demjenigen, welcher die B. P. contra tab. angenommen habe, die Einklagung eines Legates oder Fideicommisses oder auch das Innebehalten einer mortis causa donatio verweigert werde; und die l. 5 §. 4 D. de legatis praest. (37. 5) fügt hinzu: „Non solum autem legatum denegatur ei, qui bonor. possessionem accepit, verum etiam si quid aliud ex

5) Das portionem agnoscere wird sich auf den Fall beziehen, daß der Eingesetzte, also nur commisso per alium edicto zur B. P. contra tab. Berufene, diese durch Annahme seines Erbtheils verlor.

6) Cf. l. 3 § 11; l. 10 § 6 D. h. t. (37. 4).

voluntate accepit" ..., wo als Beispiel angeführt wird, daß, wenn der Präterirte einem unmündigen Bruder substituirt worden, und er die B. P. angenommen habe, er den Erbtheil dieses, welcher verstorben war, nicht erhalten könne.

Wie streng dies Alles genommen wurde, geht aus l. 15 D. h. t. (37. 4) hervor. Hier heißt es von einem präterirten Emancipirten, welcher Schuldner seines Vaters gewesen war und, als er von dem Testamentserben auf Zahlung dieser Schuld belangt wurde, dieser Klage die exceptio *doli* entgegensetzte: „hoc ipso quasi repudiavit bonor. possessionem: quod ita intelligendum est, si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione: si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest — sed magis doli exceptione usus est" [7]).

Mit Rücksicht auf diese Stellen hat nun der Hauptschriftsteller in dieser Lehre [8]) den Satz aufgestellt, daß hier wie bei der querela inoff. testamenti die einfache Thatsache der Anerkennung (also z. B. die Annahme des vermachten Legates) hinreiche, um den Anerkennenden von der Umstoßung des Testamentes durch Agnition der B. P. contra tab. auszuschließen; es sei namentlich gleichgiltig, ob ein Irrthum die Veranlassung derselben gewesen oder nicht.

Allein auffallend erscheint es doch gewiß, daß gerade hier die Thätigkeit des Berechtigten, durch welche er den Anspruch auf die B. P. contra tabulas verlor, bald als ein sich Unterwerfen unter den letzten Willen, bald aber auch als eine *repudiatio* jenes Rechtsmittels bezeichnet wird [9]). Der Begriff der repudiatio erfordert aber zu seinem Thatbestande unbedingt die Kenntniß des Rechtes, auf das man verzichtet [10]). Ebenso reden ferner die Quellen da, wo dem Präterirten irgend etwas im Testamente

7) Der Scholiast zu Basil. XL, 3. c. 14 nimmt an, daß die exc. doli aus dem Inhalte des Testaments (etwa weil die fr. Schuld in demselben dem emancipirten Sohne erlassen war) entnommen wurde, und setzt den Entscheidungsgrund darin, daß er aus dem Testamente seine Vertheidigung entnommen und dieses dadurch anerkannt habe. Es ist aber gar nicht nöthig, dies zu suppliren. Offenbar wird schon darin, daß der Präterirte gegen den Testamentserben, der ihn in dieser Eigenschaft verklagt, verhandelt, ohne sein Recht auf die B. P. contra tabulas geltend zu machen, ein Verzicht auf dies Rechtsmittel gefunden. (Der Scholiast hat den ähnlichen Fall der l. 50 § 6 D. de bonis libert. (38. 2) vor Augen; s. unten S. 87. Vgl. Schmidt a. a. O. Note 95.)

8) Francke im Archiv Bd. 19 S. 182. Ihm schließt sich Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10 S. 925 f. an.

9) So in l. 30 D. de minor. (4. 4); l. 15 D. h. t. (37. 4). In letzterer Stelle heißt es indessen: „hoc ipso quasi repudiavit B. P."

10) Vgl. Francke a. a. O. S. 190 ff.

hinterlassen war, von einem Wahlrechte, von einem „eligere" desselben[11]; wählen zwischen zwei Wegen kann aber nur der, welcher sie kennt.

Ueberhaupt möchte es sich wohl von selbst verstehen, daß der Berechtigte dann, wenn er einen der (alternativ zustehenden) Wege einschlägt, weil er von der Zuständigkeit eines andern nichts weiß, sich dadurch rücksichtlich dieses andern nicht präjudicirt[12]. Es wird dies aber auch ausdrücklich in einer Stelle ausgesprochen. Die l. 5 § 3 D. de legat. praest. (37. 5) sagt in Anschluß an den im § 2 besprochenen (bereits erwähnten) Fall: „Wenn Jemand die B. P. contra tabulas erlangt, hierauf aber nachträglich sich gezeigt hat, daß er nicht zu den Kindern gehöre, welche diese B. P. erlangen können, er jedoch zu denen gehöre, welchen die Legate prästirt werden müssen, so ist herrschende Meinung, daß ihm die Einklagung der Legate nicht zu verweigern stehe, mag er die ordinaria oder Carboniana bonor. possessio gefordert haben." Hier wird also ein Rückgreifen von der B. P. zur petitio legatorum gestattet, wenn ein Irrthum rücksichtlich der Qualification zu dem erstern Rechtsmittel stattgefunden hatte[13]. Man

11) L. 3 § 16 D. h. t. (37. 4); l. 5 § 2 D. de legat. praest. (37. 5); l. 30 D. de minor. (4. 4).

12) Im Ganzen stimmt auch Francke a. a. O. S. 184 (wegen l. 12 § 2 D. de inoff. testam. [5. 2]) bei: „Ueberhaupt aber werden wir wohl mit Mühlenbruch annehmen können, daß die Anerkennung nur denen schadet, welche über ihre persönlichen Verhältnisse zum Erblasser, auf denen das Notherbenrecht beruht, nicht in Unkenntniß waren."

13) So versteht Francke noch im Notherbenrecht S. 146. 390 diese Stelle. Wenn er im Archiv Bd. 19 S. 186 mit Bezug auf dieselbe sagt: derjenige verliere (im Gegensatze zu dem bei der Querel geltenden Rechte) keineswegs, was ihm hinterlassen, „welcher die B. P. contra tab., ohne dazu berechtigt zu sein, nachsuchte und vielleicht selbst erhielt, sondern diesem bleibe das ihm Hinterlassene, auch wenn die contra tab. B. P. durch späteres Urtheil für unbegründet erklärt werde", so vermißt man gerade die Betonung der wesentlichen Bedingung. Es muß nämlich gerade ein Irrthum stattgefunden haben. Sonst verliert nämlich der, welcher die B. P. contra tab. unbegründeter Weise erhoben hat, wegen Indignität das ihm Hinterlassene: l. 2 pr. D. de his, quae ut indignis aufer. (34. 9) „Aufertur hereditas ex asse, et ad fiscum pertinet, si emancipatus filius contra tab. bonor. possessionem ut praeteritus petierit et ex substitutione impuberis adierit hereditatem". — Ein Beispiel zu der im Texte citirten l. 5 § 3 würde folgendes sein: Ein Sohn hatte im Glauben, nicht in plenam adoptionem gegeben zu sein, mit anderen Notherben zugleich die B. P. gegen das väterliche Testament agnoscirt; nachher stellt es sich heraus, daß jene Annahme unrichtig war, er mithin keinen Anspruch auf die B. P. hatte. Dann soll er nach Inhalt unsrer Stelle dennoch die Legate fordern können, weil auch einem in eine fremde Adoptivfamilie getretenen leiblichen Kinde diese nach dem Edicte zu prästiren sind (cf. l. 1 § 2 D. h. t. [37. 5]).

wird daher auch umgekehrt sagen dürfen, daß, wer, weil er vermeinte, nach dem Edicte zur Forderung der Legate berechtigt zu sein, diese gefordert oder erhalten hatte, dann noch zur B. P. greifen könne, wenn sich jenes Vermeinen als irrthümlich herausgestellt hatte.

Wenn daher l. 5 § 2 cit. D. de legat. praest. (37. 5) sagt, der emancipirte Präterirte habe es sich zuvor wohl zu überlegen, ob er das im Testamente ihm Hinterlassene annehmen oder ob er die B. P. agnosciren wolle, da nach entschiedener Wahl ein Rückkehren zu dem andern Wege nicht zulässig sei, so wird dabei eben die Kenntniß beider Wege vorausgesetzt, und nur entschieden, daß, auch wenn sich nachträglich der eingeschlagene Weg etwa als der minder vortheilhafte herausstellen sollte, der andere verschlossen sei. In dieser Rücksicht kann daher auch ein factischer Irrthum gewiß nicht entschuldigen.

Wie aber steht es in dem Falle, in welchem, wie eben gezeigt ist, der Irrthum entschuldigen soll, mit dem Rechtsirrthum[14])? Steht also dem übergangenen Emancipirten, welcher, weil er nicht wußte, daß ihm wegen dieser seiner Qualität die B. P. gegen das Testament zustehe, das ihm im letztern Hinterlassene angenommen hatte, dessenungeachtet noch die B. P. contra tabulas zu? Die Annahme des Vermachten kann hier allerdings nicht als repudiatio der B. P. bezeichnet werden. Aber es liegt hier kein Grund vor, von der allgemeinen Regel abzuweichen, daß der Rechtsirrthum an sich unentschuldbar ist. Es wird daher auch Niemand Bedenken tragen, dem die B. P. zu verweigern, welchem, weil ihm im Testamente Nichts hinterlassen war, gar kein Wahlrecht zustand, wenn er aus Rechtsirrthum dem Testamente auf irgend eine Weise, z. B. durch ausdrückliche Erklärung, sich unterworfen hatte.

Das Resultat würde also, im Ganzen entsprechend den für die Querel erlangten Ergebnissen, das Folgende sein: die Anerkennung des Testamentes, sei es durch Annahme des darin Vermachten, sei es auf andere Weise, schließt den in demselben präterirten Emancipirten von der B. P. contra tabulas aus, wenn er wußte, daß dieselbe ihm zustand, oder dies doch nur in Folge eines Rechtsirrthums nicht wußte.

14) Die l. 5 § 3 cit. nämlich läßt es zweifelhaft, von welchem Irrthum sie spricht.

§ 13.

3. Bei der bonorum possessio contra tabulas liberti [1]).

Diese stand dem Patron, dem im Testamente seines (nicht von eigenen Kindern beerbten) Freigelassenen nicht die debita portio (ursprünglich die Hälfte, später ein Drittel des Nachlasses) hinterlassen war, gegen dasselbe zu [2]). Hier kommen Abweichungen von den bei der B. P. des präterirten Emancipirten geltenden Regeln vor, die man nicht aus dem hier größern Reichthum der uns in den Quellen überlieferten Casuistik herleiten kann.

Hat der Patron „secundum mortui voluntatem" die Erbschaft angetreten oder ein Legat gefordert, so wird er zur B. P. contra tabulas nicht mehr zugelassen [3]); „nam absurdum videtur, licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim evertere [4]). Ebenso sagt l. 50 § 4 D. eod. (38. 2): wenn der auf den pflichtmäßigen Theil eingesetzte Patronus, dem aber im Testamente aufgegeben ist, die Erbschaft zu restituiren, sie für überschuldet erklärt, darauf aber (nach dem S. C. Pegasianum) zur Antretung gezwungen, sie wirklich, obwohl er sie (wenigstens die debita portio) retiniren konnte, restituirt hat, so kann er die B. P. nicht mehr annehmen, „et quia agnovit iudicium defuncti, et quia sprevit et quasi damnavit eam possessionem." Desgleichen, wenn er eine mortis causa donatio von dem Freigelassenen angenommen hat; jedoch soll dies ihm dann von der B. P. contra tab. nicht ausschließen, wenn diese Schenkung zu Lebzeiten des Freigelassenen gemacht und angenommen war, weil man sagen kann, „patronum sperasse, quod in testamento quoque gratus circa eum fieret (libertus)." In diesem Falle kann der Patronus die Schenkung ganz aufgeben oder sich auf die debita portio das Erhaltene anrechnen lassen [5]). Ferner findet die B. P. nicht statt, wenn der Patron conditionis implendae gratia aus dem Testamente

1) Hauptschrift hierüber ist: Adolf Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor. Heidelb. 1868; vgl. auch Unterholzner, in der Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 5 (1825), besonders S. 84 ff. 98.

2) Da dem Patron der parens manumissor gleichgestellt wird („Parens exemplo patroni ad contra tabulas B. P. admittitur." l. 1 pr. D. si a parente quis (37. 12)), so wird von diesem dasselbe gelten, was von jenem im Folgenden vorgetragen ist. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 147.

3) L. 6 § 4 D. de bonis libertor. (38. 2).

4) L. 7 ibid.

5) L. 8 § 3 D. eod. (38. 2).

etwas empfangen hat, „quasi agnoverit iudicium“ [6]). Endlich wird noch der Fall erwähnt, wo dem Patron, welcher Schuldner seines Freigelassenen war, diese Schuld im Testamente erlassen wird (legatum liberationis); wenn er hier dem ihn verklagenden Erben die exceptio *doli* [7]) entgegengesetzt hat, oder sich durch Acceptilation liberiren ließ, so wird die B. P. ausgeschlossen [8]).

Diese Sätze gelten auch dann, wenn der Patron die Willenserklärung, welche als Anerkennung des letzten Willens gilt, nicht für sich, sondern für eine seiner Gewalt unterworfene Person abgegeben hat [9]).

Also an sich schließt hier, wie bei der B. P. des Emancipirten, jede Anerkennung des Testamentes die Anfechtung desselben aus [10]). Aber es werden folgende Ausnahmen angegeben:

a. Factischer Irrthum (z. B. gerade über die Größe des ihm vermachten Erbtheils), welcher den Patronus zur Annahme des ihm Hinterlassenen und damit zur Agnition verleitet hatte, wird entschuldigt. Es sagen dies ausdrücklich: l. 46 D. eod. (38. 2): „Paulus respondit: patronus, qui deceptus falsum iudicium testatoris secutus est, bonor. possessionem contra tabulas testamenti liberti petere non prohibetur;“ l. 8 pr. ibid.: ... „Quin imo et si sic adiit, quasi ex debita portione institutus, *mox apparuit*, eum minorem partem, quam speravit, accepisse, aequissimum est, admitti eum ad suum auxilium;“ l. 19 D. de inoff. testam. (5. 2): ... „quum et hi, qui nesciant, ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti *falsa opinione motus* amplexus est; is enim non videtur bonor. possessionem contra tabulas repudiasse“ ...

Auf diese Ausnahme möchten auch wohl die Stellen zurückzuführen sein, wo dem Patronus, obwohl er das ihm Vermachte erhalten oder gefordert hatte, dennoch die B. P. nicht verwehrt wird, wenn diese Forderung

6) L. 8 § 4 ibid.

7) Und nicht die Einrede: „si non contra tabulas bonor. possessio patrono dari potest“ — gerade wie beim filius emancipatus: l. 15 D. de B. P. contra tab. (37. 4) — oben S. 83.

8) L. 50 § 6 D. de bonis libertor. (38. 2).

9) L. 8 § 2; l. 50 pr. § 1—3 D. ibid.

10) Zur Strafe wird dem Patronus die B. P. entzogen, wenn er, statt sie zu agnosciren, das Testament für gefälscht erklärt hatte und damit nicht durchgedrungen war. l. 19 pr. ibid. („eo quod facto suo perdidit hereditatem, quum temere falsum dixit“). Dies ist keine Singularität. Cf. l. 5 § 1 § 5—7; l. 7; l. 15; l. 22 D. de his, quae ut indignis aufer. (34. 9); l. 29 § 1 D. de iure fisci (49. 14); l. 6 C. ad Leg. Cornel. de falsis (9. 22).

wider Erwarten erfolglos blieb [11]); z. B. wenn ihm das von ihm angenommene Legat ganz oder theilweise evincirt wird: „quia id, *quod speravit se habiturum*, non habet“ [12]).

Von dieser Ausnahme — wonach ein factischer Irrthum entschuldigt wird — scheint nun aber das entschiedene Gegentheil in der l. 3 pr. D. si quid in fraudem patroni (38. 5) ausgesprochen zu sein. Die Stelle besteht aus einer von Ulpian aufgeworfenen Frage, auf die, wie es scheint, er selbst den Papinian antworten läßt:

> Si patronus heres institutus ex debita parte adierit hereditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus, an succurri ignorantiae eius debeat, ne decipiatur liberti fraudibus ...

Wenn ein Patronus, sagt Ulpian, auf den gebührenden Theil zum Erben eingesetzt ist und die Erbschaft angenommen hat, während er nicht weiß, daß von dem Freigelassenen Veräußerungen zu seinem Nachtheile vorgenommen waren, so ist zu untersuchen, ob der Unkunde desselben zu Hilfe gekommen werden dürfe, damit er durch die betrüglichen Handlungen des Freigelassenen nicht in Schaden komme. — So weit die Frage. — Und Papinianus, fährt er fort, hat im 14. Buche seiner Quästionen respondirt:

> in eadem causa manere quae alienata sunt; idcircoque patronum sibi imputare debere, qui, quum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas propter ea, quae alienata vel mortis causa donata sunt, non facit.

Die Stelle bezieht sich, schon nach dem Titel, in welchem sie steht, auf die actio Fabiana. Das Pflichttheilsrecht des Patronus umfaßte bekanntlich nicht bloß das im Nachlasse Vorhandene, sondern auch das, was der Freigelassene bei Lebzeiten fraudulös veräußert hatte [13]). Correspondirend mit der für den Intestaterbfall des libertus eingeführten actio Calvisiana, war sie, im Fall derselbe ex testamento beerbt wurde, das

11) „Si vero non habuit effectum petitio eius, dico non impediri, quominus adiuvetur.“ l. 8 pr. D. de bonis libertor. (38. 2); vgl. Schmidt a. a. O. S. 56 Not. 67 unter d.

12) L. 8 § 1 D. eod. Man vergleiche hiemit den in der l. 31 ibid. erwähnten Fall: dem Patron war vom Freigelassenen ein Grundstück im Testamente vermacht, welchem dieses vom Patronus selbst verkauft war. Der Letztere nahm das Legat an. Nun heißt es: „etsi nihil profecit ei legatum, quia alienam rem legaverat ei libertus“ (wenn also das Grundstück evincirt wurde), so könne der Patron die B. P. dennoch nicht erhalten, weil er selbst es dem Freigelassenen verkauft habe.

13) Francke, R. der Notherben S. 487 f. geht noch weiter; s. dagegen Schmidt a. a. O. S. 12 Not. 27. S. 65. 93. 106.

Rechtsmittel, mit welchem der durch Veräußerungen unter Lebenden oder Schenkungen auf den Todesfall im vollen Pflichttheile verletzte Patronus dergleichen Rechtsgeschäfte rescindirte.

Wenn nun Papinian entscheidet: daß die Revocation der von dem Freigelassenen in fraudem patroni vorgenommenen Veräußerungen ausgeschlossen sei, wenn der Patronus, obwohl er mit Rücksicht auf dieselben unter Beseitigung des Testamentes zur Agnoscirung der B. P. befugt gewesen, dennoch die Erbschaft aus dem Testamente angetreten habe, — so ergiebt sich hieraus erstens, daß der Patronus, auch wenn er im Testamente vorschriftsmäßig auf die debita portio des Nachlasses eingesetzt war — in welchem Falle er regelmäßig die B. P. contra tab. nicht hatte [14]) — doch das Testament mittelst dieses Rechtsmittels dann umstoßen konnte, wenn der libertus den Nachlaß fraudulös durch Veräußerungen unter Lebenden, oder wenn er denselben durch Schenkungen auf den Todesfall verringert hatte [15]); zweitens, daß, wenn der Patronus die Untersuchung, ob dergleichen Acte vorgekommen seien, vernachlässigte und ohne Weiteres die Erbschaft aus dem Testamente antrat, die Anfechtung derselben mittelst der actio Fabiana ausgeschlossen sein solle.

Der Grund dieses letztern Theils der Entscheidung [16]) wird in den Worten: patronum sibi imputare debere etc. in ein Verschulden des Patronus gesetzt. Am nächsten liegt hier anzunehmen — und dem würden Papinian's Worte, für sich betrachtet, auch nicht entgegenstehen — daß er an einen Rechtsirrthum gedacht habe, indem der Patronus geglaubt haben kann, zur B. P. contra tabulas deshalb, weil er auf die debita portio des Nachlasses wirklich eingesetzt worden, nicht befugt zu sein, und deshalb die B. P. nicht nachgesucht hat. Allein nach dem Inhalte der von Ulpian aufgeworfenen Frage (die er durch Papinian beantworten läßt) ist diese Annahme schwerlich zulässig, da es nach dieser sich augenscheinlich nur um einen factischen Irrthum gehandelt haben [17]), und die darauf bezügliche

14) L. 19 § 1 D. de bonis libert. (38. 2). Vgl. Schmidt a. a. O. S. 74 Not. 124, der ebenfalls anerkennt, daß unsre l. 3 pr. eine Ausnahme von dieser Regel enthält.

15) Vgl. Francke, R. der Notherben S. 490 f.; Schmidt a. a. O. S. 75 Not. 124 u. S. 112.

16) Leider hat Schmidt diesen Theil der Stelle einer Erklärung nicht unterworfen.

17) Man müßte denn die z. B. in der Glosse und auch von Cujas bezeugte Lesart: an succurri ius ignoranti debeat — die sich in den neueren Ausgaben nicht mehr angeführt findet — der Florentinischen vorziehen; wobei denn aber der Satz: dum ignorat etc. nicht passen würde.

Antwort des Papinian daher auch nur von einem solchen verstanden werden kann.

In diesem Falle soll daher (jedenfalls nach der Absicht Ulpian's bezw. der Compilatoren) die durch Antretung ausgedrückte Anerkennung des Testamentes auch dann nachtheilig sein, wenn sie durch einen rein thatsächlichen Irrthum veranlaßt war. Unverkennbar steht unsre Stelle daher im Widerspruch mit einigen der früher angeführten Stellen (besonders l. 8 pr. D. de bonis libert. 38. 2; l. 19 D. de inoff. testam. 5. 2)[18]), — es müßte denn die abweichende Entscheidung der l. 3 pr. cit. in der Eigenthümlichkeit des in ihr besprochenen Falles ihren Grund haben. So findet Cujas die Rechtfertigung des Ausspruchs in der Größe der Nachlässigkeit des Patronus, die die Entschuldbarkeit ausschließe. Allein Alles, was er in dieser Beziehung anführt[19]), trifft genau in demselben Maße auch in den Fällen der l. 8 pr. und l. 19 citt. zu, und doch wird hier dem Patronus gestattet, auf die B. P. contra tab. zurückzugreifen.

Ich glaube nun, daß dieser Widerspruch nur auf folgende Weise sich lösen läßt. Die Stellen ergeben zusammengefaßt nämlich folgendes Resultat:

Die Anerkennung des im Wege der B. P. contra tab. anfechtbaren Testamentes (z. B. durch Antretung der Erbschaft aus demselben) bindet zwar in der Regel nicht, wenn sie durch einen factischen Irrthum, besonders darüber, ob der volle Pflichttheil wirklich hinterlassen sei, veranlaßt war (l. 8 pr. und l. 19 citt.); diese Ausnahme von der allgemeinen Regel über die Folgen einer solchen Anerkennung kann aber nicht dahin ausgedehnt werden, daß nach geschehener Anerkennung auch noch ein Rück-

18) Dies nimmt z. B. Francke an (Archiv a. a. O. S. 185. 206); vgl. ibid. Bd. 22 S. 275. — Die Basiliken XLIX, 6 c. 3 pr. (Tom. V. p. 33) geben die Stelle nur im Auszuge: Si patronus in legitima institutus adierit, rata manent, quae in fraudem eius alienata sunt, licet ignoraverit: poterat enim bonor. possessionem c. t. petere adversus alienata et mortis causa donata.

19) Cujacii Comm. in Lib. XI. Respons. Papiniani ad l. 79 D. de legatis II.: „Et ait lex, eum amissise etiam actionem Fabianam, quia acquieverit voluntati liberti, et non simpliciter, quia factum ignoravit (nec enim facti ignorantia nocet, vel in damnis vel in compendiis sive lucris), sed quia vitio et culpa sua factum ignoravit, dum temere adivit hereditatem re omni et totius hereditatis causa non bene perpensa; quod et ea lex significat his verbis: „patronum sibi imputare debere", h. e. de se queri debere, stultitiae suae hoc acceptum ferre debere. Curiositas, prudentia et diligentia desideratur in eo, qui hereditatem aditurus est, quare etiam legibus ei dantur certa tempora ad deliberandum. At si non utitur diligentia, sibi imputet, si quid damni senserit inconsulto adita hereditate. — Idemque putarem dicendum, si patronus iuris ignorantia lapsus liberti adierit hereditatem, quia in compendiis iuris error nocet, non in damnis rei suae" . . .

greifen auf die actio Fabiana zulässig sein sollte (l. 3 pr. cit.). Mit anderen Worten: zeigt sich nach geschehener Antretung bei Untersuchung des Nachlasses und des Verhältnisses des Pflichttheils zu demselben, daß das dem Patronus Hinterlassene nicht einmal die debita portio vom wirklichen Nachlasse erfüllt, so kann der Patronus noch zur B. P. contra tab. und damit zu seinem Rechte gelangen; war ihm aber der volle Pflichttheil vom Nachlasse hinterlassen (z. B. gerade durch Einsetzung au die debita portio), so soll ihm nach der Annahme desselben nicht mehr gestattet sein, nun auch noch, behuf Erhöhung dieses Pflichttheils, Rechtsgeschäfte, welche der Freigelassene — wenn auch in fraudem patroni — unter Lebenden abgeschlossen hat, oder selbst Schenkungen desselben auf den Todesfall anzufechten[20]).

Der Grund dieser Ausnahme wieder von der Ausnahme ist nun unstreitig darin zu suchen, daß die Anfechtung derartiger, vielleicht vor langen Jahren und mit dritten Personen — welche dabei völlig in bona fide gewesen sein können[21]) — abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht begünstigt, daß solche Dritte, nachdem der Patron, ohne sich um die Ergründung solcher Verhältnisse zu kümmern, einmal das Testament des fraudulösen Freigelassenen anerkannt hat, nicht ferner mehr von ihm, wie es eine Stelle zweimal ausdrückt[22]), inquietirt werden sollen, wie denn dieselben, welche überhaupt aus dem Gesichtspunkte von Empfängern in gutem Glauben behandelt werden, selbst bei den gegen sie erhobenen Revocationsklagen mit großer Billigkeit behandelt sind[23]).

Ueber die Wirksamkeit eines Rechtsirrthums findet sich keine Entscheidung; es möchte daher, wie bei der B. P. emancipati, auf die allgemeinen Regeln zu recurriren sein.

b. Ganz unabhängig von einem stattgehabten Irrthume wird dem Patronus sogar ein Reurecht gegeben.

> ... Sed et si testato convenisset heredem, ut sibi legatum solveretur, mox poenituisset, puto eum posse adiuvari[24]).

20) Diese waren anfechtbar, auch wenn sie nicht in fraudem patroni vorgenommen waren: l. 1 §§ 1. 2; cf. § 11 D. si quid in fraud. patr. (38. 5).

21) Die Revocationsklagen des Patronus unterscheiden sich von der actio Pauliana der Gläubiger eben dadurch, daß die Empfänger des Veräußerten im erstern Falle fraudis conscii nicht zu sein brauchen: l. 1 §§ 4. 12. 24 D. eod. (38. 5). Vgl. Schmidt a. a. O. S. 109. 114. 118.

22) L. 1 § 14 D. eod.

23) Schmidt a. a. O. S. 118 f. Dem parens manumissor stehen diese Klagen überhaupt nicht zu: l. 2 D. si a parente manum. (37. 12); Schmidt S. 153. Not. 65.

24) L. 8 pr. D. de bonis libert. (38. 2).

Dies ist natürlich eine Singularität[25]); denn wenn, wie hier, der Patron dem Erben vor Zeugen angegangen war, ihn gemahnt hatte, das Legat auszuzahlen, so muß darin an sich eine Anerkennung des Testamentes gefunden werden. Schwerlich dürfte aber dieses Reurecht auch dann noch statthaft gewesen sein, wenn der Patronus bereits gerichtliche Klage wegen des Legates erhoben, oder dasselbe ohne Proceß in Empfang genommen hatte[26]).

Soweit die Ausnahmen[27]).

Ganz wie bei der B. P. des Emancipirten ist denn auch in dem Falle, wo etwas, aber nicht die debita portio hinterlassen war, dem Patron ein Wahlrecht gegeben; so daß nicht nur die Anerkennung des Testamentes durch Annahme des Hinterlassenen die B. P. gegen dasselbe ausschließt, sondern auch umgekehrt nach Annahme der B. P. ein Rückgreifen auf die minor portio, die ihm hinterlassen war, unzulässig ist: „Si quis bonor. possessionem contra tab. liberti acceperit, ab omni liberti iudicio repellitur," gleichviel, ob er selbst zum Erben eingesetzt oder einem impubes substituirt war[28]). Ebenso wenn dem Patron etwas in einem Codicill oder eine mortis causa donatio gegeben war[29]). Desgleichen geht durch Agnition der B. P. das verloren, was dem Patronus nicht selbst, sondern einer seiner Gewalt unterworfenen Person hinterlassen ist[30]). Auch hier findet sich dann die (wohl regelmäßig auf dem Vorhandensein eines Irrthums beruhende) vorhin erwähnte Ausnahme anerkannt: Nonnunquam plane post petitam bonor. possessionem dabitur patrono legati persecutio, si nihil ad emolumentum eius perventurum sit, quia forte rogatus est alii restituere[31]).

In der Hauptsache gilt daher hier dasselbe, wie bei der B. P. des

25) Sie darf keineswegs, wie z. B. Cujac. in Tract. IV. ad African. s. l. 14 pr. D. de B. P. contra tab. anzunehmen scheint, auf die B. P. des Emancipirten erstreckt werden.

26) Schmidt a. a. O. S. 56 Not. 67 unter c. faßt ebenfalls diesen Punkt so auf: „Nicht, wenn man den Onerirten zwar zur Zahlung aufforderte, aber noch vor derselben zurücktrat".

27) Daß ein patronus minor, welcher liberti iudicium agnoverit, zur Restitution zugelassen werden müsse, um noch die B. P. agnosciren zu können, versteht sich von selbst, wenn es auch nicht in l. 8 § 5 D. h. t. (38. 2) ausdrücklich gesagt würde.

28) L. 16 § 5 D. eod. (38. 2).

29) L. 16 § 6 D. eod.

30) L. 16 § 8 D. eod.

31) L. 16 § 7 eod. — Vgl. über diese Stellen Schmidt a. a. O. S. 91.

präterirten Emancipirten[32]). Die vorkommenden nicht unwesentlichen Abweichungen zu Gunsten des Patronus erklären sich aus der Begünstigung des Patronus seinen Freigelassenen gegenüber. In der That ist sein Pflichttheilsrecht die wesentlichste Reliquie gewesen von den früher ihm zuständigen äußerst umfangreichen Rechten gegen dieselben.

§ 14.

B. Wirkung der bindenden Anerkennung auf den Bestand der an sich rescissiblen Disposition.

I.

An sich giltig errichtete Testamente, gegen welche aber die B. P. contra tabulas oder die querela inofficiosi testamenti zulässig ist, werden, sobald die zu einem dieser außerordentlichen Rechtsmittel Befugten die Geltendmachung derselben verlieren oder aufgeben, zu unanfechtbaren Testamenten[1]). Wo also die von Seiten des Berechtigten vorgenommene Anerkennung des Testamentes den Verlust des betreffenden Rechtsmittels nach sich zieht[2]), da ist der Testamentserbe unbedingt zur Anstellung aller ihm als solchen zustehenden Klagen befugt; ebenso wie die Erbschaftsgläubiger oder die im Testamente bedachten Personen directe Klagen gegen denselben auf Grund des Testamentes haben.

Consequent ist es daher auch, daß, wenn nach Erhebung der Querel der auf Rescission des Testamentes gerichtete Rechtsstreit durch einen

32) Schmidt a. a. O. S. 55 f. faßt diese Regeln dahin zusammen, daß aus der Annahme des letztwillig Zugewendeten nur dann der Ausschluß von der B. P. zu folgern sei, wenn dies unter Umständen geschehe, welche vernünftiger und billiger Weise einen Verzicht annehmen ließen.

1) Bei der B. P. wird dies so ausgedrückt, daß beim Wegfallen der B. P. contra tabulas die B. P. secundum tabulas (und nicht etwa die B. P. intestati) gewährt wird. Cf. l. 2 pr. D. de B. P. sec. tab. (37. 11): Aequissimum ordinem Praetor secutus est: voluit enim primo ad liberos bonor. possessionem contra tab. pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum. Exspectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonor. possessionem petere possunt; quodsi tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, vel repudiaverint, vel ius petendae bonor. possessionis amiserint, tunc revertetur B. P. ad scriptos.

2) In der in der vorigen Note cit. l. 2 pr. wird unser Fall nicht unter dem repudiaverint, sondern dem ius petendae bonor. possessionis amiserint begriffen sein.

Vergleich geschlichtet wird, die Succession nicht ab intestato, sondern aus dem Testamente eintritt, und daß daher nur der Testamentserbe als Erbe angesehen werden kann. Wie ihm allein mithin auch nur die Erbschaftsklagen zustehen können, der andere Transigent daher ausschließlich seiner Contractsklage gegen den Testamentserben sich bedienen kann, so steht auch den im Testamente Bedachten und — dürfen wir hinzufügen — auch den Erbschaftsgläubigern eine Klage nur wider den Letzteren zu.

Dies ist der Inhalt der nachfolgenden beiden Stellen:

l. 29 § 2 D. de inoff. test. (5. 2):

Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo iure manet; et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.

l. 3 pr. D. de transact. (2. 15):

Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: Privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum. Quare transactione quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre.

Wie dieselben mit der nach einer früheren Ansicht scheinbar widersprechenden l. 14 D. eod. (2. 15) zu vereinigen seien, ist bereits oben gezeigt (§ 7, Anm. 19).

II.

Diese Sätze leiden aber eine bedeutende Modification, wenn der zur Geltendmachung der B. P. contra tab. oder der Querel Berechtigten mehrere sind. Die Unterwerfung des einen Notherben unter den testamentarischen Willen, welche den Verlust dieser Rechtsmittel nach sich zieht, präjudicirt natürlich anderen Notherben nicht.

Wie bei der Anerkennung nichtiger Testamente, so ist auch hier eine doppelte Möglichkeit vorhanden. Es kann, je nachdem die mehreren Berechtigten gleichzeitig neben einander, oder successiv hinter einander berufen sind, sowohl an das Eintreten des Accrescenzrechts als an eine successio ordinum s. graduum gedacht werden, mit dem Erfolge, daß dadurch die Convalescenz des Testamentes bis dahin verhindert wird, daß sämmtliche

auf die eine oder die andere Weise zur Succession gegen dasselbe gelangenden Personen diesen Ansprüchen entsagt haben [3]).

Wie ich bereits in Bezug auf nichtige letztwillige Verfügungen auszuführen versucht habe, so widerstreitet die Zulässigkeit einer Succession der nachstehenden Berechtigten in die durch Anerkennung aufgegebenen Anfechtungsrechte des zunächst Berufenen dem Wesen des Institutes der Anerkennung ungiltiger Testamente. Es versteht sich von selbst, daß die gegen diese Zulässigkeit vorgebrachten Gründe in erhöhtem Maße auch hinsichtlich der Anfechtung nur rescissibler Dispositionen zutreffen. Es wird daher nur nachzuweisen sein, daß die Rechtsquellen, wo sie überhaupt die Möglichkeit einer successio anerkennen, diese nirgends ausdrücklich auf den Fall der Anerkennung des Testamentes mit erstreckt haben.

Anders verhält es sich mit dem Accrescenzrechte, insofern, wenn schon durch die Geltendmachung des Anfechtungsrechts seitens Eines des Berechtigten das ganze Testament gestürzt wird, ein Nebeneinander der Erbfolge zum Theil aus dem Testamente, zum Theil ab intestato (oder, wo es sich um die B. P. contra tabulas handelt, nach den Grundsätzen dieser Successionsart) nicht vorkommen kann. Dieser Fall tritt, wie bei nichtigen Testamenten, so auch bei der B. P. contra tabulas des präterirten Emancipirten ein, auch im letzteren Falle schließt daher das Accrescenzrecht die Möglichkeit aus, das Testament als solches durch Anerkennung wenigstens zum Theil aufrecht zu erhalten.

Wo aber der dem Accescenzrechte zum Grunde liegende Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest — so wie so schon durchbrochen ist, wie bei der querela inoff. testamenti, zwingt nichts dazu, dies Recht auch im Falle der Anerkennung zur Anwendung zu bringen. Die Quellen erkennen zwar auch hier ein — bestimmt begränztes — Accrescenzrecht an. Da aber die betreffenden Aussprüche keineswegs mit Nothwendigkeit auch auf den Fall der Anerkennung des Testamentes durch einen der Notherben bezogen werden müssen, so trage ich kein Bedenken, das Accrescenzrecht in diesem Fall für ausgeschlossen zu erklären.

Ganz zweifellos scheint mir dieselbe Beantwortung dieser Frage rücksichtlich der B. P. contra tabulas des Patronus zu sein.

3) In allen Fällen ist die Zahl der zur Anfechtung berechtigten Personen auf einen bestimmten Kreis beschränkt, so daß eine Delation der Erbfolge über diesen hinaus, insbesondere etwa, wie bei Nichtigkeit von Testamenten, an den Fiscus, von vornherein ausgeschlossen ist. Vgl., was die B. P. contra tab. betrifft, oben Not. 1.

a. Bei der *querela inofficiosi testamenti*[4]).

Allerdings läßt l. 31 pr. D. de inoff. testam. (5. 2) ganz allgemein die Succession zu.

Si is qui admittitur ad accusationem, *nolit aut non possit* accusare, an sequens admittatur videndum est; et placuit posse, ut fiat successioni locus —[5])

und anscheinend fällt unter das Nichtwollen auch das durch Unterwerfung unter das Testament ausgesprochene Aufgeben des Anfechtungsrechts. Allein es ist geradezu undenkbar, daß man die Absicht des zunächst Berechtigten, dem Willen des Erblassers trotz des für ihn lieblosen Inhalts des Testamentes sich zu fügen, dann hätte wirkungslos sein lassen, wenn ein ihm nachstehender Notherbe vorhanden war, gegen den die Lieblosigkeit nicht, wenigstens nicht zunächst, gerichtet war[6]). Jene Stelle würde aber auch nur dann unserer Meinung bestimmt im Wege stehen, wenn das si nolit accusare eben nur den Verzicht durch Anerkennung vor Augen haben könnte. Dies ist aber natürlich nicht der Fall. Vielmehr begreift das nolle accusare theils den eigentlichen Verzicht auf die Querel (der z. B. gerade in der Absicht vorgenommen werden kann, wie das Accrescenzrecht, so auch das Nachrücken eines zur Querel berechtigten Nachstehenden zu bewirken), theils das Nichtanstellen derselben bis zur Verjährung der Klage.

Ebensowenig schließen die das Anwachsungsrecht bei der Querel betreffenden Gesetzesstellen die oben geäußerte Ansicht aus[7]).

4) Mit der im Text vertretenen Ansicht stimmen auch die Entscheidungsgründe des mehr erwähnten Oldenburger Erkenntnisses (S. 274—284) überein; es kann für das Einzelne hierauf verwiesen werden.

5) Vgl. l. 14 D. eod. Ueber beide und die angeblich widersprechende l. 34 C. eod. (3. 28) s. Francke, R. der Notherben S. 276 ff.; v. Vangerow, Pand. § 480 Anm. 2 S. 273 ff. u. A.

6) Die Schriftsteller übergehen meistens die Frage, indem sie das Eintreten der successio auf den rechtmäßigen Ausschluß, den Tod und den Verzicht des an sich Berechtigten, sowie auf den Fall der Verjährung der Klage beschränken, ohne sich darüber auszulassen, ob unter dem Verzichte auch das aus einer Unterwerfung unter das Testament zu schließende Aufgeben des Anfechtungsrechtes zu begreifen sei. Jedoch scheint Francke meiner Meinung zu sein, wenn er (S. 285) für den Fall, daß einer der Notherben aus dem Testamente ein Legat angenommen hatte, die Möglichkeit einer successio leugnet, weil er auf diese Weise um das Legat gebracht werden würde.

7) Ueber das Anwachsungsrecht bei der Querel existirt eine reichhaltige Literatur, ohne daß dabei auf die Frage, ob auch der Theil des anerkennenden Notherben dem Anwachsungsrechte unterliege, eingegangen würde. Vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 399 ff., besonders S. 414 f.; Francke, Recht der Notherben S. 257 ff., 270 ff.; Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1 S. 285 ff.; v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 480 Anm. 1 S. 271 ff.; Sintenis, Civilrecht III. § 199 Not. 9.

Es kommen dabei nur die folgenden beiden Stellen in Betracht:

l. 23 § 2 D. h. t. (5. 2):

Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri accrescit. Idemque erit, et si tempore exclusus sit.

l. 17 pr. eod.:

Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt[8]) . . .

Hier werden nur die drei Fälle angeführt, wenn einer der Notherben vor Anstellung der Querel auf sie verzichtet, nach Anstellung derselben die Klage aufgiebt, oder durch den Ablauf der Verjährungszeit ausgeschlossen wird. Es ist bereits öfters hervorgehoben, daß, wenn gleich mit der Anerkennung eines anfechtbaren Testamentes implicite zugleich das gegen dasselbe zuständige Rechtsmittel aufgegeben wird, die Anerkennung doch qualitativ etwas Anderes ist als der einfache Verzicht (mag er von vornherein oder erst nach dem Versuche, das Testament zu beseitigen, stattgehabt haben). Der Verzicht läßt es zweifelhaft, ob darin ebenfalls ein Sichunterwerfen unter den lieblosen letzten Willen, oder etwa die Besorgniß, daß man mit der erhobenen Klage nicht durchdringen werde, oder selbst die Absicht zu finden ist, daß dem Mitnotherben der eigene Intestat-Erbtheil accrescire. Was daher vom Verzicht und dem Fallenlassen der Klage gesagt wird, läßt zweifellos keinen Schluß auf die Anerkennung zu, welche präsumtiv die Absicht enthält, die Ausführung des anfechtbaren Testamentes, soweit dies für den Einzelnen möglich ist, herbeizuführen.

Indessen würde auch die besondere Natur dieses Rechtsgeschäftes das Anwachsungsrecht nicht ausschließen können, wenn nicht gerade bei der Querel eine nur theilweise Rescission resp. theilweise Aufrechterhaltung des inofficiösen Testamentes in mehreren anderen Fällen einträte[9]). Ist daher das Princip: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest bei der Querel überhaupt nicht streng durchgeführt, so liegt auch kein erhebliches Bedenken vor, dasselbe hier gleichfalls fallen zu lassen, die Anwachsung des durch Anerkennung (nur scheinbar) frei werdenden Theiles zu verneinen und dadurch die denkbar unbilligsten Consequenzen zu vermeiden[10]).

8) Das partem non facit bedeutet: „er wird nicht mitgezählt als Erbe, so daß auch den ihm eigentlich gebührenden Theil die Uebrigen einklagen" (Francke a. a. O. S. 258).

9) Vgl. die Zusammenstellung bei v. Vangerow a. a. O. § 479 Anm. 1 Bd. 2 S. 266 ff.

10) Sehr gut ist dies deducirt im Oldenburger Archive Bd. 7 S. 278 ff.

b. **Bei der *B. P. contra tabulas* des präterirten Emancipirten.**

Es ist mir nicht völlig klar, ob bei derselben **überhaupt** eine successio möglich war; doch glaube ich es leugnen zu müssen, und jedenfalls findet sich in den Quellen kein Ausspruch darüber [11]). Sollte aber auch eine solche Möglichkeit vorhanden gewesen sein, so hätte sie doch aus den bereits mehrfach angeführten Gründen in dem Falle nicht eintreten können, wenn der zunächst Berufene von der ihm zuständigen B. P. **durch Anerkennung des Testamentes** abstrahirte.

Dagegen wird das **Anwachsungsrecht** in mehreren Stellen anerkannt. Jedoch ist hier zu unterscheiden:

1. Sind außer dem präterirten Emancipirten, der durch Anerkennung sich dem Testamente unterworfen hat, nur noch solche zur B. P. berechtigte Personen da, welche sie nur commisso per alium edicto agnosciren können, so bleibt das Testament entweder von selbst bestehen, oder die von den nur commisso per alium edicto Berechtigten **bereits nachgesuchte** [12]) B. P. wird als eine B. P. *secundum* tabulas angesehen, das Testament mithin **in allen seinen Theilen** aufrecht erhalten [13]).

2. Sind aber mehrere Personen vorhanden, welche aus **eigenem** Rechte zur B. P. gelangen können, so tritt Accrescenz im eigentlichen Sinne ein.

11) S. **Mayer** R. der Anwachsung S. 271 ff. vgl. **Francke** R. der Notherben S. 123 ff.; **Schmidt**, das formelle Notherbenrecht S. 80. 90; Oldenb. Archiv S. 285. — Im prätorischen Erbrechte stehen die verschiedenen Bonorum Possessiones in einer bestimmten Reihenfolge, so daß beim Wegfall der ersten die zweite u. s. w. deferirt wird. Dies hat aber auf unsere Frage keinen Einfluß, weil beim Nichteintreten der B. P. *contra* tab. gerade die *secundum* tabulas und nicht die intestati eintritt (dieser Satz ist nur ein anderer Ausdruck dafür, daß ein Testament, auf Grund dessen überhaupt eine B. P. gewährt werden kann, nur durch die zur B. P. contra tab., nicht auch durch die zur B. P. intestati Berechtigten, beseitigt werden kann). Vgl. die auf S. 93 citirte l. 2 pr. D. 37. 11 und Ulp. XXVIII, 5.

12) Bekanntlich brauchen diese nicht erst zu warten, bis der Präterirte seinerseits die B. P. agnoscirt hat: l. 10 § 6 D. de B. P. contra tab. (37. 4).

13) L. 14 pr. D. de legatis praest. (37. 5): Nonnunquam contra tabulas bonor. possessionem quis habet iure *secundum* tabulas bonor. possessionis; utputa heres institutus est emancipatus filius, alias emancipatus praeteritus; institutus accepit contra tab. bonor. possessionem, praeteritus omisit: apertissimum est, ut cogatur *omnibus* perinde legata praestare (also nicht bloß den exceptis personis), atque si commissum edictum non fuisset: *nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro afficere, quum praeteritus iure suo non utatur.* — Was von dem *omittere* bonor. possessionem gilt, versteht sich bei der **Anerkennung** des Testamentes von selbst.

Von der B. P. im Allgemeinen wird dies ausgesprochen in

l. 3 § 9, l. 4, l. 5 D. de bonor. poss. (37. 1):

In bonorum possessione sciendum est ius esse adcrescendi: proinde si plures sint, quibus bonor. possessio competit, quorum unus admisit bonor. possessionem, ceteri non admiserunt, (l. 4) *veluti quod spreverunt ius suum aut tempore bonor. possessionis finito exclusi sunt aut ante mortui sunt quam petierunt bonor. possessionem*, (l. 5) ei, qui admisit, adcrescent etiam hae portiones, quae ceteris competerent, si petissent bonor. possessionem.

l. un. C. quando non pet. (6. 10):

Quoties pluribus liberis, cessante legitima successione, B. P. defertur, beneficium edicti perpetui quibusdam *omittentibus*, his solis, qui bonor. possessionem agnoverunt, portionem non petentium adcrescere, in dubium non venit.

Für die B. P. contra tabulas [14]), und speciell für den Fall, wenn mehrere stirpes neben einander zur B. P. gelangen:

l. 12 pr. D. h. t. (37. 4):

Si duobus filiis et ex altero filio duobus nepotibus B. P. competat et alter ex nepotibus *non petat*, pars eius fratri adcrescit; si vero ex filiis alter *non petat*, tam fratri quam nepotibus id prodest: namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes consequuntur.

Endlich mit Rücksicht auf die nova clausula edicti (de coniungendis cum emancipato liberis eius) [15]):

l. 1 § 12 D. de coniung. c. emancip. (37. 8):

Si quis ex nepotibus portionem suam *omiserit*, eveniet, ut non ad patrem eius, sed magis ad fratrem pertineat; sed et si omnes nepotes *omittant*, patruo nihil adcrescet, sed soli patri: quod et si pater *omiserit*, tunc patruo adcrescet.

l. 5 § 2 D. si tabulae test. nullae (38. 6):

Si filius emancipatus *non petierit* bonor. possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut quod filius habiturus esset petita bonor. possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis adcrescat.

Daß auch Accrescenz hinsichtlich des Theils desjenigen eintrete, welcher die B. P. contra tab. durch Anerkennung des Testamentes aufgegeben

14) Ich sehe nicht recht ein, wie Heimbach (Rechtslexikon Bd. I. S. 282) bei dieser die Möglichkeit der Anwachsung leugnen kann.

15) Vgl. über diese Stellen Mayer, das Recht der Anwachsung S. 246 ff., und über l. 5 § 2 cit. besonders Büchel civilrechtl. Erört. II., 2 S. 247 ff.

hatte, wird nirgends ausdrücklich gesagt, und die gebrauchten Ausdrücke: spernere ius suum, omittere beneficium, portionem, non petere bonor. possessionem — umfassen diesen Fall nicht nothwendig mit.

Allein neben der Succession der die B. P. Annehmenden giebt es hier keine theilweise Succession ex testamento; wird die B. P. contra tab. auch nur von Einem agnoscirt, so stürzt das Testament als Ganzes zusammen. In solchem Falle succediren daher die die B. P. Agnoscirenden mit Ausschluß der Verzichtenden, auch der durch Unterwerfung unter das Testament Verzichtenden [16]).

Dies ist aber um so unbedenklicher, als der durch Anerkennung Ausgeschlossene immer das ihm im Testamente Vermachte behält, weil er zu den exceptae personae gehört, denen die Legate präſtirt werden müssen; und überdies in Folge des edictum de legatis praestandis die Erfüllung des letzten Willens im Allgemeinen wenigstens soweit eintritt, als das Interesse der Blutsverwandten in Betracht kommt [17]).

c. Bei der *B. P. contra tabulas liberti.*

Auf den Pflichttheil haben der Patronus oder die Patrona und die Kinder des Patronus Anspruch. Mehrere zugleich Berechtigte (mehrere Mitpatrone, mehrere Kinder eines Patronus) erhalten gleiche Quoten vom Pflichttheile. Es entscheidet Gradesnähe zur Todeszeit des Freigelassenen, so daß der eine lebende Patron die Kinder eines verstorbenen Mitpatronus ausschließt [18]).

Das Eintreten des Accrescenzrechts, welches der Wirksamkeit des successorium edictum vorgeht [19]), ist in mehreren Stellen anerkannt [20]), jedoch in folgender Weise:

Wer auf die ihm gebührende Quote vom Pflichttheil eingesetzt ist, hat die B. P. contra tab. nicht, auch wenn gleichzeitig Berufene sie haben würden; mit anderen Worten: eine B. P. commisso per alium edicto

16) Schmidt a. a. O. S. 101. — Dies nimmt auch das Oldenburger Erkenntniß an (S. 284 ff.).

17) Vgl. Francke, R. der Notherben S. 145 ff.; Schmidt a. a. O. S. 126 ff., und wegen Aufrechterhaltung anderer Anordnungen, als der Legate, besonders Letzteren S. 145 ff.

18) Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus ꝛc. S. 35 ff.

19) S. die unten cit. l. 4 § 1 i. f. D. si quid in fraud. patroni (38. 5); vgl. auch was von der legitima tutela der Patrone gilt in l. 3 §§ 4 seqq. D. de legit. tutor. (26. 4).

20) Beides wird durch das Institut der assignatio (Dig. Lib. 38 tit. 4) modificirt. Hierauf einzugehen, würde zu weit führen. Vgl. Heimbach im Rechtslexikon Bd. I. S. 284.

— wie beim Emancipirten — giebt es hier nicht. In solchem Falle können demselben vacante Quoten mitberechtigter Patrone nicht zuwachsen[21]).

Ebensowenig erhält der zur B. P. contra tab. gelangende Patronus den dem *scriptus heres* gebührenden Theil, wenn dieser ihn nicht annimmt, im Wege der Accrescenz, sondern auf Grund einer besondern prätorischen Bestimmung[22]).

Wer aber aus eigenem Rechte die B. P. contra tab. nachgesucht hat, dem accresciren die Quoten derjenigen Mitberufenen, welche sie nicht erlangen. Die Stellen[23]) erwähnen hier nur das non petere bonor. possessionem.

So l. 21 D. de bonis libert. (38. 2):

Ex tribus patronis uno cessante bonor. possessionem petere duo aequae partes habebunt.

l. 4 § 1 D. si quid in fraud. patroni (38. 5)[24]):

Et si plures patroni sint, omnes unam partem habebunt; sed si viriles non petent, portio ceteris adcrescet. Quod in patronis dixi, et in liberis patronorum est: sed non simul venient, sed patronis deficientibus.

Es accresciren auch die Portionen, welche ein anderer Patronus zur Strafe verliert:

l. 24 D. de bonis libert. (38. 2):

Communi liberto, si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne uxorem ducat, vel vivo liberto decesserit: is qui extra hanc culpam fuerit, vel supervixerit, partis utrique debitae bonor. possessionem solus habebit[25]).

21) L. 21 § 2 D. de iure patron. (37. 14); Schmidt a. a. O. S. 41 Not. 18.

22) L. 6 pr. D. de B. P. (37. 1); cf. l. 21 § 4 de iure patron. (37. 14); l. 1 § 9 D. ad S. C. Tertyll. (38. 17). — Vgl. Duareni de iure accresc. Lib. 2 c. 19 (Opp. p. 1095); Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 299 f.; Schmidt a. a. O. S. 41; Mayer, das Recht der Anwachsung S. 244.

23) Vgl. auch l. 13 pr. D. de iureiur. (12. 2) u. l. 21 § 2 cit. D. 37. 14.

24) Diese Stelle spricht von den Revocationsklagen des Patronus — s. oben § 13 S. 88 f.

25) Die Interpunction dieser Stelle, wie ich sie nach Schmidt (a. a. O. S. 40 f. Not. 17) gebe (die aber schon Hotman Respons. amicabil. Lib. 2 c. 14 vorschlägt, wie sie sich auch z. B. in Fachinei Controv. iur. Lib. 4 c. 96 und jetzt auch in der Mommsen'schen Ausgabe findet), giebt derselben erst das richtige Verständniß. Emendations-Versuche durch Transposition bei Cujac. Comm. ad Lib. 65 Digest. Juliani s. h. l. und danach in Obs. et Emend. Lib. 25 c. 35 (vgl. jedoch Lib. 1 c. 14, wo er gerade die jetzt übliche unrichtige Interpunction

Das *Edictum successorium* wird in folgender Stelle erwähnt:

l. 2 pr. D. eod. (38. 2):

Si patronus a liberto praeteritus bonor. possessionem petere potuerit contra tabulas, et antequam peteret, decesserit, vel dies ei bonor. possessionis agnoscendae praeterierit, liberi eius vel alterius patroni petere poterunt ex illa parte edicti [26]), qua, primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent [27]).

Also drei Fälle kommen in Betracht: Tod vor der Annahme der B. P.; Unterlassung der Nachsuchung während der Agnitionsfrist; bestimmte Ablehnung derselben bei laufender Frist (verb. aut etiam nolentibus ad se pertinere) [28]).

Außerdem tritt regelmäßig wie Accrescenz, so auch das Nachrücken der Kinder dann ein, wenn das Pflichttheilsrecht des Patronus zur Strafe verloren geht [29]).

Auch hier erwähnen also die Quellen bei der Darstellung der Fälle, in denen Accrescenz und event. das successorische Edict zur Anwendung kommen sollen, des Falles, wo die B. P. durch Anerkennung des Testamentes verloren geht, speciell mit keinem Worte. Freilich kann auch hier das nolle ad se pertinere möglicherweise diesen Fall mitbegreifen. Allein bei der Reichhaltigkeit der Quellenaussprüche gerade über die Wirksamkeit der Anerkennung hinsichtlich der B. P. contra tab. *liberti* würde unzweifelhaft hierüber einmal eine Andeutung vorkommen, wenn man wirklich das sonderbare Resultat für möglich gehalten hätte, daß, wenn z. B. der Patronus oder Mitpatronus die ihm hinterlassene, aber zu kleine, Portion angenommen hätte, nun noch der scriptus heres die volle pars debita des Nachlasses entweder in Folge des Anwachsungsrechts [30]) an den Mitpatronus oder gar in Folge des successorischen Edicts an die Kinder des anerkennenden Patronus hätte herausgeben müssen.

vorschlägt), und Oelrichs Thesaur. dissertat. iurid. Belgicar. Vol I. pg. 252. — Der zweite Fall der Stelle (Tod des einen Patronus vor dem Ableben des libertus) ist kein Anwachsungsfall.

26) Cf. l. 1 § 6 u. 10 D. de success. Ed. (38. 9).

27) Vgl. auch l. 2 § 1 u. l. 5 pr. D. eod.; Mayer a. a. O. S. 274.

28) Die beiden letzteren Fälle unterschieden sich dadurch, daß im dritten Falle sofort nach dieser Erklärung, also noch vor Ablauf der dem Ersten gewährten Frist, die B. P. an die Nachstehenden weiter deferirt wurde.

29) S. Schmidt a. a. O. S. 52 ff.

30) Heimbach a. a. O. S. 284 erklärt ebenfalls die Anwachsung der Portio desjenigen, welcher das Testament anerkannt hat, für ausgeschlossen: „denn er gilt gleich einem, der die debita portio vollständig erhalten“.

Ersteres wird aber obenein hier auch nicht einmal durch eine subtilitas iuris geboten, da die B. P. des Patronus immer nur bis zum Betrage des Pflichttheils, also nur zum Theil das Testament des libertus rescindirt, mithin so wie so zwei verschiedene Successionsarten (B. P. contra tab. und B. P. secundum tab. für den scriptus heres) regelmäßig neben einander vorkommen[31]).

III. Spätere Rechtsbildungen.

§ 15.

A. Actio suppletoria und Nullitäts-Querel auf Grund der Novelle 115.

Während das in den §§ 2 bis 10 über die Anerkennung nichtiger letztwilliger Dispositionen Vorgetragene als (in der Hauptsache) noch heute zu Recht bestehend angesehen werden muß, ist bekanntlich das auf die durch die B. P. contra tabulas und die Querel rescissiblen Testamente bezügliche Recht durch Justinian wesentlich modificirt. Gegenwärtig gilt die B. P. contra tabulas als gänzlich unpractisch, und findet die querela inofficiosi testamenti, wenigstens nach der herrschenden Meinung, nur noch im Notherbenrechte der Geschwister statt. Die beiden an die Stelle jener Rechtsmittel getretenen sind die actio suppletoria und die sog. Nullitätsquerel aus der Novelle 115.

I. Was zunächst die *actio suppletoria* betrifft, welche den zwar eingesetzten, aber auf weniger als den Pflichttheil eingesetzten Ascendenten und Descendenten (resp. auch Geschwistern) zusteht, so kann hier, weil die Klage nur eine persönliche, gegen den Erben gerichtete ist und gar nicht auf Ungiltigkeitserklärung des Testamentes zielen kann, auch in einer einfachen Anerkennungshandlung des Berechtigten ein Verzicht auf die Klage nicht gefunden werden, da derselbe unter allen Umständen zur Anerkennung des an sich rechtsbeständigen Testamentes genöthigt ist. Die Unterwerfung unter den testamentarischen Willen des Erblassers, welcher den Notherben

31) Vgl. Schmidt, d. formelle Notherbenrecht S. 105 Not. 125; Pflichttheilsrecht des Patronus S. 39 f.

nicht auf den ganzen Pflichttheil eingesetzt hatte, muß daher, wenn sie von Erfolg sein und namentlich den Verlust dieser Klage nach sich ziehen soll, in anderer, deutlicherer Weise geschehen, als es z. B. durch Annahme des wirklich hinterlassenen Erbtheils geschehen würde. Hierauf bezieht sich denn die Vorschrift Justinian's in der l. 35 § 2 C. de inoff. testam. (3. 28), wo es heißt: wenn dem Notherben weniger als der Pflichttheil hinterlassen sei, „si ... post obitum patris hoc, quod relictum ... est, simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum est accepisse, *non adiiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem*, nullum sibi filium facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha, sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, *quod contentus relicta vel data parte de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem; tunc etenim omni exclusa querela paternum amplecti compellitur iudicium* [1]). Es wird also dies ausdrückliche Bekenntniß verlangt, daß man sich mit der hinterlassenen oder (vergleichsweise) gegebenen Summe begnügen wolle [2]).

II. Die sog. Nullitätsquerel auf Grund der Novelle 115.

Auch in Bezug auf unsre Frage führen die verschiedenen Meinungen über die Natur der bei Verletzung der Formvorschriften der Novelle 115 eintretenden Folgen zu verschiedenen Resultaten, indem dies Gesetz, nicht so wie l. 35 C. de inoff. test. (3. 28) hinsichtlich der actio suppletoria, über diesen Punkt keine Vorschrift oder auch nur Andeutung enthält.

Je nachdem man also ein solches Testament überhaupt für absolut nichtig ansieht, oder nur relative Nichtigkeit resp. Rescissibilität nach den

1) Es ergiebt sich hieraus, daß im heutigen Rechte der als Hauptfall für die Anerkennung durch concludente Handlungen figurirende Fall der Annahme des im Testamente Hinterlassenen an Bedeutung völlig verloren hat. Vgl. Bähr a. a. O. S. 218.

2) Vgl. Francke, Notherbenrecht S. 336 f.; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 454 f., Anm. 41; Bähr a. a. O. — Dem entsprechend erklärte z. B. das O. A. G. zu München „die Erklärung des Anerkenntnisses des Testamentes und des Verzichtes auf jedes Rechtsmittel dagegen" als zur Ausschließung der suppletoria ungenügend (Seuffert's Archiv III. Nr. 187); desgl.: die vorbehaltlose Annahme des Hinterlassenen schließt die actio suppl. nicht aus (Erk. des Landesgerichts zu Wolfenb. v. 20. März 1817, i. S. Störig c. Störig); wohl aber die gleichzeitig abgegebene Erklärung, damit zufrieden zu sein und auf weitere Ansprüche zu verzichten (Erk. des O. Gerichts daselbst v. 11. Juli 1853, i. S. Böwig und Cons. c. Böwig).

Grundsätzen der querela inoff. testamenti annimmt, wird man die Grundsätze über die Anerkennung nichtiger oder die über die Anerkennung bloß rescissibler letztwilliger Verfügungen anwenden müssen.

Indessen möge es mir erlaubt sein, mit einigen Worten auf das hier meiner Meinung nach Entscheidende aufmerksam zu machen.

Die Bestimmungen der Novelle 115 enthalten nämlich insofern eine Singularität, als, obwohl die Nichtigkeit (oder Beseitigung) der Erbeinsetzung ausgesprochen wird, dennoch das Testament im Uebrigen aufrecht erhalten werden soll, während sonst die Nichtigkeit der Erbeinsetzung als des Hauptbestandtheils des Testamentes die völlige Nichtigkeit des letztern herbeiführt[3]).

Man vergl. Nov. 115 cap. 3 § 14: Si vero haec non observata sint, liberis exheredatis nullum praeiudicium fiat, sed *quantum ad institutionem heredum pertinet testamento infirmato*, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant . . . Si tamen contingat, ut eiusmodi testamentis legata quaedam vel fideicommissa vel libertates relinquantur vel tutores dentur, vel alia quaecunque capita legibus probata nominentur, illa omnia impleri iisque dari iubemus, quibus relicta sunt, *quasi ab hac parte testamentum non eversum valeat;* cap. 4 § 9: Si vero illa non observata sint, nullam vim eiusmodi testamentum, *quantum ad institutionem heredum*, habere sancimus, sed everso testamento heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus iisque res illius dari sancimus, legatis scilicet sive fideicommissis et libertatibus et dationibus tutorum et aliis capitibus, sicut supra dictum est, *vim suam habentibus*[4]).

Also nur „quantum ad institutionem heredum" soll das Testament nullam vim haben, infirmirt werden, im Uebrigen jedoch als vollkommen rechtsbeständig bestehen bleiben. Hieraus folgt m. E. ganz unzweifelhaft, daß ein solches Testament, wenn es nur im Uebrigen rechtsbeständig errichtet ist, trotz des Verstoßes gegen die Vorschriften der Novelle **immer** ein älteres giltiges Testament rumpirt, weil mit der zugelassenen Rechtsbeständigkeit der übrigen capita des späteren Testamentes eine Auf-

3) L. 1 § 3 D. de vulg. substit. (28. 6): sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet; cf. § 34 J. de legatis (2. 20); l. 10 D. de iure codicill. (29. 7).

4) Vgl. auch die gleichlautenden Bestimmungen hinsichtlich der Indignitätsfälle im cap. 3 § 12 u. 13: eversa illorum institutione, ita tamen, ut reliqua testamenti capita in robore suo maneant . . .; nam et hic, institutione heredum infirmata, reliquisque testamenti capitibus in sua vi manentibus . . .

rechterhaltung des ältern absolut unvereinbar ist. Es folgt dies aber auch ferner daraus, daß bei Nichtbeobachtung jener Vorschriften immer die Intestaterben eintreten sollen, und wenn Justinian der Meinung gewesen wäre, daß nicht immer die Intestatsuccession, sondern unter Umständen die Erbfolge aus einem ältern Testamente eintreten solle, dies unbedingt hätte gesagt werden müssen; auch ist die Vorschrift entschieden nur im Interesse der Intestaterbfolge erlassen. Aus diesem Grunde muß denn auch schon ein solches Testament dann ein älteres rumpiren, wenn ersteres nur in der Erbeinsetzung (resp. Vertheilung des Nachlasses unter die Erben) besteht und andere Theile (Vermächtnisse ꝛc.) gar nicht enthält[5]). Hieraus folgt für unsere Frage allerdings nur der Satz, daß lediglich die Anerkennung seitens der Intestaterben, nicht aber der in einem früheren an sich giltigen Testamente Eingesetzten oder Bedachten in Betracht kommen kann[6]); die Frage, welche Natur die Ersetzung der testamentarischen Erben durch die Intestaterben haben soll, insbesondere ob sie ohne Weiteres eintritt (absolute Nichtigkeit) oder ob die Einsetzung nur gestürzt wird, wenn die Intestaterben ihr Recht gegen dieselbe geltend machen, wird durch das Obige nicht berührt.

In der That kann aber nach dem Wortlaute der Novelle kein Zweifel darüber sein[7]), daß die Beseitigung der Testamentserben ipso iure eintreten soll; die Intestaterben nehmen zu gleichen Theilen ohne Weiteres die Stelle der Instituirten ein, die Einsetzung dieser gilt pro non scripta, die Einsetzung jener wird als geschehen fingirt[8]). Das heißt jedoch: den Intestaterben ist ohne Weiteres die Nachfolge deferirt, und es bedarf also, wenn sie nicht sui des Erblassers sind, noch einer Antretung seitens derselben auf Grund der ihnen durch die Novelle gebotenen Delation. Die Frage, gegen wen die Erbschaftsgläubiger und die im Testamente Bedach-

5) Im cap. 3 § 14 wird zwar unter diesen Fällen unterschieden; aber selbst im ersteren Falle wird gesagt: *quantum ad institutionem heredum pertinet* testamento infirmato. — Im ersteren Falle tritt also, trotz eines giltig errichteten ältern Testamentes, reine Intestaterbfolge ein; im letzteren Falle besteht das Testament, nur daß an die Stelle der Eingesetzten die Intestaterben treten.

6) Diejenigen Schriftsteller, welche durch den Verstoß gegen die Vorschriften der Novelle das ganze Testament und nicht bloß die Erbeinsetzungen nichtig werden lassen, entscheiden natürlich ganz anders. Vgl. z. B. Sintenis a. a. O. § 198 Bd. 2 S. 616. Eine Mittelmeinung bei Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 294. 333; Bd. 38 S. 445.

7) Vgl. besonders v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 485 S. 293 ff.; Sintenis § 198 Anm. 1; Schmidt, das formelle Recht der Notherben S. 172 ff.

8) Wie der zur B. P. Gelangende als fictus heres betrachtet wird: Gaius IV, 34; Ulp. XXVII, 12.

ten ihre Ansprüche zu richten haben, ist daher noch davon abhängig, ob der suus nicht abstinirt, oder andere Intestaterben antreten oder ausschlagen; gegen die Testamentserben als solche haben sie an und für sich keine Klage.

Dies vorausgeschickt, wenden wir uns zu unserer Frage zurück.

Die Einsetzung ist nichtig, und es treten daher die Regeln über die Anerkennung nichtiger letztwilliger Verfügungen ein, gleichviel ob man die Nichtigkeit des ganzen Testamentes, oder, wie der Verfasser, nur die Nichtigkeit des betreffenden Theils des Testamentes, der Erbeinsetzung, annimmt. Denn auch hinsichtlich nichtiger Theile sonst giltiger letztwilliger Verfügungen gelten jene Regeln (vgl. § 3 u. 4). Doch kann, wie überhaupt in Fällen der letztern Art (vgl. § 4 S. 32) nicht jede Willenserklärung, welche sonst als Anerkennung aufgefaßt wird, diesen Erfolg haben; so z. B. nicht die Auszahlung eines Legates durch den zugleich eingesetzten Intestaterben, weil er hierzu unter allen Umständen verpflichtet wäre. Die Willenserklärung muß vielmehr die Absicht, das Testament als Ganzes, d. h. mit Einschluß der Erbenernennung, anerkennen zu wollen, ersehen lassen. Auch die Erbeinsetzungen können mithin als giltig aufrecht erhalten werden, wenn der Notherbe sich dem Willen des Erblassers so unterwirft, daß in der nachherigen Anfechtung der Erbeinsetzung eine calumnia liegen würde. In diesem Falle wird der eingesetzte Erbe utiles actiones haben, wie sie gegen ihn gewährt werden; und den Legataren wie Erbschaftsgläubigern steht ausnahmsweise eine utilis actio gegen denselben zu [9]).

Sind aber der verletzten Notherben mehrere, so bedarf es einer solchen Unterwerfung unter das Testament seitens sämmtlicher, indem auch nur die Nichtunterwerfung seitens Eines derselben das Eintreten der Intestaterben in die Stelle der eingesetzten Erben herbeiführt. Während ein Accrescenzrecht anzuerkennen ist, muß die successio ordinum et graduum als dem Institute der Anerkennung widersprechend verworfen werden. Aber die Absolutheit der Vorschrift stürzt die Einsetzungen auch dann, sobald — was allerdings nicht leicht vorkommen wird, da er, weil er die im Testamente auferlegten Lasten immer übernehmen muß, kein Interesse hat — der eingesetzte und nicht verletzte Intestaterbe selber und für sich allein die ihm durch Verletzung der Rechte seiner Mitnotherben gebotene Intestaterbfolge

9) Freilich sind auch hier die gegen das Testament Berechtigten immer die nächsten Verwandten des Testirers, und man könnte daher versucht sein, sich für die analoge Anwendung der bei der Querel und B. P. contra tabulas geltenden Grundsätze auszusprechen. Allein näher liegt die Analogie der Präterition eines suus nach altem Rechte, bei der Nichtigkeit des Testamentes eintrat, und zweifellos hinsichtlich der Anerkennung die auf nichtige Testamente bezüglichen Regeln angewandt wurden.

der nur utiliter aufrecht zu erhaltenden testamentarischen Succession vorzieht [10]).

Die im Vorstehenden erörterten Fragen werden von den Schriftstellern häufig gar nicht oder doch nur im Vorübergehen berührt. Wo das Letztere stattfindet (in der Regel hat man dabei nur den Fall des eigentlichen Verzichts auf das Intestaterbrecht, der repudiatio, im Auge) [11]), gelangen sie meist zu anderen Resultaten. Es wird gestattet sein, nicht näher auf dieselben einzugehen. Nur mag angeführt werden, daß Francke, der Hauptvertreter der sog. relativen Nichtigkeitstheorie, insoweit mit den im Vorstehenden entwickelten Ansichten übereinstimmt, als er auch in unsrem Falle die Regeln über die Anerkennung nichtiger Dispositionen zur Anwendung bringt und, wenigstens regelmäßig, eine successio ordinum et graduum für unzulässig erklärt [12]).

§ 16.

B. Anerkennung eines Testamentes durch den Vertragserben.

Der Verfasser dieser Abhandlung mußte sich bei der Bearbeitung eines Rechtsstreites auch mit der Frage beschäftigen, inwiefern die von einem Vertragserben vorgenommene Anerkennung eines spätern durch den Vertragserblasser errichteten Testamentes diesem präjudicire. Die Willenserklärungen, welche von Seiten des Vertragserben in Bezug auf das Testament abgegeben waren, zeigten sich der Art, daß wohl Zweifel entstehen konnten, ob sie nicht durch Irrthum, entweder Rechts- oder factischen Irrthum, veranlaßt waren. Es kam daher darauf an, zu prüfen, ob das einem Erbvertrage widerstreitende Testament in die Kategorie bloß rescissibler oder in die nichtiger Testamente gehöre, weil die herrschende, besonders auf Francke's Ausführungen beruhende Lehre einen bei der Anerkennung

10) Für diese Ansicht v. Vangerow a. a. O. S. 294 f.; a. M. ist z. B. Francke, R. der Notherben S. 386 ff.

11) Z. B. Heumann in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß Bd. 17 S. 212 bis 226.

12) Francke a. a. O. S. 381. 388 („verzichtet namentlich der nicht gehörig bedachte Notherbe, weil er vielleicht mit dem ihm hinterlassenen Vermächtnisse zufrieden ist oder weil er überhaupt dem eingesetzten Erben die Erbschaft gönnt, so scheint es unmöglich, hier einen nachstehenden Notherben zur Klage zuzulassen"). Vgl. auch Oldenburger Archiv Bd. 7 S. 307 f.

zum Grunde liegenden Irrthum im letztern Falle immer, im erstern aber nur ausnahmsweise zur Entschuldigung gereichen läßt. Auch entstand die Frage, ob — mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des in Betracht kommenden Verhältnisses — dergleichen Anerkennungsacte nach noch anderen Grundsätzen zu beurtheilen seien.

Man ist nun allgemein soweit einig, daß der durch einen Erbvertrag Gebundene nur insoweit in der Verfügung über sein Vermögen auf den Todesfall beschränkt ist, als der Inhalt des Erbvertrages reicht; nur soweit ist, wie es gewöhnlich ausgedrückt wird, seine testamentifactio beschränkt. Von dem s. g. Vermächtnißvertrage [1]) abgesehen, erklärt man auch einen nur eine Quote der Erbschaft betreffenden Erbvertrag für zulässig, und es ist selbstverständlich, daß in solchem Falle hinsichtlich der anderen Quoten giltig testirt werden kann, und, wenn dies nicht geschieht, die Intestat-Erbfolge eintritt [2]). Ein solches Testament wird daher durch die Existenz des Erbvertrages gar nicht afficirt.

Es läßt sich ferner der Fall denken, daß ein Testament, indem es über im Vertrage ausdrücklich vorbehaltene oder nach seinem Inhalte von selbst ausgeschlossene Vermögenstheile, also giltig, verfügt, dennoch zugleich in die Rechte des Vertragserben eingreift, z. B. durch nachtheilige Anordnungen über ein diesem speciell zugewiesenes Erbschaftsobject. Hier wird man unbedenklich das Testament nur insoweit für ungiltig erklären dürfen, als es dem Vertragsinhalte zuwiderläuft; dann liegt also ein an sich giltiges Testament vor, in welchem nur die eine oder die andere Anordnung nicht zu Rechte besteht [3]).

Der Hauptfall aber — und auf diesen werde ich mich im Folgenden beschränken dürfen — ist der, wenn das Nebeneinander des Erbvertrages und des Testamentes (oder der sonstigen letztwilligen Disposition) eine Unmöglichkeit ist, insbesondere also, wenn der Erbvertrag eine universelle und den ganzen Nachlaß umfassende Einsetzung enthält, weil dieser Vertragsinhalt natürlich jeder späteren Verfügung auf den Todesfall im Wege steht.

1) S. über diesen namentlich Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen ꝛc. (1860) S. 73 ff.

2) Der Satz nemo pro parte testatus etc. hat hier keine Anwendung. S. Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 79 ff. 347 ff.; Mittermaier Grundſ. (Ed. VII.) Bd. 2 § 454 Nr. XIII.; Beseler, Lehre von den Erbverträgen II, 1 S. 278 ff.; Wolff D. P. R. § 177 S. 403; Phillips Grundſ. des D. P. R. II. § 173 S. 298; Gerber System des D. P. R. (VIII. A.) § 258 a. E.; Walter D. P. R. § 431 S. 491; Gengler D. P. R. § 256 S. 1495; Bluntschli D. P. R. (III. A.) § 241 Nr. 4 S. 716; vgl. auch Hartmann a. a. O. S. 62 ff.

3) S. Hartmann a. a. O. S. 64, 79 ff.

In solchem Falle entsteht vorzugsweise die Frage, welche Eigenschaft die dem Erbvertrage widerstreitende Disposition hat; ob sie absolut nichtig oder ob sie nur (und zwar nur durch den verletzten Vertragserben) anfechtbar ist.

Die Schriftsteller begnügen sich meistens damit, die einseitige Unwiderruflichkeit der Erbverträge auszusprechen, ohne sich auf die nähere Qualificirung der einem Erbvertrage widerstreitenden Rechtsgeschäfte auf den Todesfall einzulassen[4]). Näher erklärt sich — auf der einen Seite — Hasse[5]): „Der Widerruf sei juristisch gar nicht möglich; er wäre gänzlich nichtig, da die Unwiderruflichkeit der Einsetzung gleich mitgegeben sei, ihr unwandelbar anklebe, vorausgesetzt, daß die Widerruflichkeit bis auf einen gewissen Punkt nicht im Vertrage selbst ausgemacht sei"; und ebenso scheint Walter[6]) sich für die Nichtigkeit zu entscheiden, wenn er sagt: „Aus dem Gesichtspunkte des Vertrages entspringt, daß der Paciscent unwiderruflich und auf Treu und Glauben gebunden ist, den Andern Erbe seines Vermögens werden zu lassen. Er kann also nicht mehr testiren und das Testament kann ohne Weiteres als unbefugt und nichtig behandelt werden." Auf der anderen Seite Hartmann[7]): „Sicher kann man auch in dieser Beziehung nur eine relative Nichtigkeit (d. h. nur zu Gunsten des Acceptanten) annehmen, so daß der Rechtsbestand des neueren Testamentes sich in der Schwebe befindet, bis entweder der vertragsmäßig Instituirte Erbe geworden, oder es feststeht, daß er nicht mehr Erbe werden kann" u. s. w.[8]).

In der That kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß nur von einer Rescissibilität, von einer Ungiltigkeit, Unverbindlichkeit zu Gunsten des Vertragserben die Rede sein kann.

Wenn man nämlich auch zugeben muß, daß das Institut der Erbverträge den größtmöglichen Schutz des Vertragserben in seinem wohlerworbenen Rechte erfordert, so liegt doch gar kein Grund vor, eine diesem

4) Vgl. z. B. Danz Handb. des D. P. R. Bd. 7 § 660 a. E. S. 389; v. Bülow und Hagemann pract. Erört. Bd. 4 S. 176; Beseler Erbverträge II, 1 S. 256; Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4 S. 40, 43; Mittermaier a. a. O. Nr. VI u. XXI; Gerber a. a. O. § 259; Bluntschli a. a. O. § 241 Nr. 3 S. 716. — Rechtsfälle bei Leyser Medit. T. V. Spec. 308 Med. 6; Lyncker Resolut. discept. for. Cent. 2 Resol. 130; Cent. 5 Resol. 424. 449 u. a. m.

5) Rhein. Museum Bd. 2 S. 204.

6) D. P. R. (1856) § 430 S. 489.

7) A. a. O. S. 54 f. Ihm stimmt das O. A. G. zu Oldenburg bei — s. Seuffert's Archiv Bd. 18 Nr. 88.

8) Derselben Ansicht ist auch Wolff a. a. O. § 182 S. 410.

Rechte widerstreitende Anordnung des Erblassers dann noch für nicht vorhanden anzusehen, wenn der Vertragserbe sein entgegenstehendes Recht gar nicht geltend machen will, namentlich sich also derselben unterwirft. Vielmehr ist es gerade hier den allgemeinen Bestimmungen über den Schutz letzter Willen entsprechend, wenn eine solche Disposition, eben weil sie den letzten Willen eines Erblassers enthält, Allen, nur nicht dem Vertragserben gegenüber geschützt werde. Wir müssen daher annehmen, daß es lediglich im Willen des Vertragserben liegen muß, ob die dem Erbvertrage zuwider getroffene letztwillige Anordnung zu Rechte bestehen oder nicht zu Rechte bestehen, ausgeführt oder nicht ausgeführt werden soll.

Hiergegen kann auch daran nicht erinnert werden, daß die Ungiltigkeit auf einen Mangel in der testamentifactio zurückzuführen ist, und nach Römischem Rechte ein solcher Mangel immer die Nichtigkeit der Disposition nach sich zieht. Denn die im Erbvertrage stillschweigend enthaltene, nur zu Gunsten des Vertragserben eintretende und durch den Vertragsinhalt begränzte Entsagung der testamentifactio ist augenscheinlich den auf dem ius publicum beruhenden Mängeln derselben nicht gleichzuachten, welche eine absolute Nichtigkeit zur Folge haben. Die Unwiderruflichkeit der in Erbverträgen enthaltenen Erbeinsetzung ist vielmehr selbst eine Anomalie, deren Wirkungen auf die Bedürfnisse dieses Institutes zu beschränken sind.

Wenden wir uns nun zu dem uns speciell beschäftigenden Gegenstande, so fragt es sich zunächst:

I. welche Erfordernisse die Anerkennung der letztwilligen Disposition haben müsse, um für den anerkennenden Vertragserben selbst bindend zu sein.

Es liegt nahe, in Anwendung des im Römischen Rechte aufgestellten Unterschiedes zwischen der Anerkennung nichtiger und der bloß rescissibler Dispositionen hier die Grundsätze anzuwenden, welche in jenem Rechte für die letztere Kategorie aufgestellt sind.

Hiergegen spricht aber Folgendes:

Wir haben oben gesehen, daß die Wirksamkeit der Anerkennung rescissibler Dispositionen, im Gegensatze zu der nichtiger, besonders begünstigt ist. Es hat dies darin seinen Grund [9]), daß in beiden Fällen dieser Art, sowohl wenn das Mittel der Rescission die Querel, als wenn es die B. P. contra tabulas ist, die zur Anfechtung Berechtigten immer die nächsten Verwandten [10]), und daher mehr oder weniger zu Pietäts-

9) Vgl. Einleitung S. 10.

10) Wo aber, wie bei der B. P. contra tabulas liberti, ein solches verwandtschaftliches Verhältniß nicht vorliegt, findet sich auch sogleich eine größere Beschränktheit der Wirksamkeit der Testamentsanerkennung. Vgl. oben § 13 S. 87 ff.

rücksichten gegen den Testirer verpflichtet sind. Die hier geltenden Regeln über den regelmäßigen Ausschluß der Entschuldbarkeit des Irrthums sind weniger nothwendige Folgen der eigenthümlichen Qualität solcher Dispositionen als rescissibler Anordnungen (und im Gegensatze zu den nichtigen), sie sind vielmehr darum eingeführt, um Testamente aufrecht zu erhalten, deren Anfechtung durch den Berechtigten deshalb besser unterbleiben mag, weil er zur Beobachtung von Rücksichten gegen das Andenken des Erblassers immerhin verpflichtet ist [11]). Diese Rücksicht fällt nun in dem von uns besprochenen Falle fort, weil das Institut des Erbvertrages gar nicht auf solche Contrahenten beschränkt ist, die in einem verwandtschaftlichen Verhältnisse zu einander stehen.

Es darf daher ohne Inconsequenz behauptet werden, daß die bei der Anerkennung eines durch die Querel oder die B. P. contra tabulas anfechtbaren Testamentes geltenden Regeln nicht schon deshalb auch bei der Anerkennung eines einem Erbvertrage widerstreitenden Testamentes zur Anwendung kommen müssen, weil ein solches ebenfalls zu der Zahl der bloß rescissiblen Dispositionen gehört.

Richtiger scheint es mir, principiell davon auszugehen, daß wie bei Lebzeiten des Testators ein Erbvertrag nur durch mutuus dissensus beseitigt, und dessen freie Verfügungsgewalt auf den Todesfall wieder erlangt werden kann [12]), so die nach dem Tode desselben erfolgte Anerkennung einer letztwilligen Verfügung nur dann bindend ist, wenn sie den Erfordernissen einer nachträglichen Consensertheilung (Ratihabition, Bestätigung) entspricht. Der agnoscirende Vertragserbe muß mithin jedenfalls seine Ansprüche kennen — was sich nicht immer von selbst versteht (insbesondere in dem Falle, wenn für ihn ein gesetzlicher Vertreter contrahirt hat) —; er muß zugleich die Absicht haben, durch die äußerlich als

11) Bähr, welcher den Unterschied zwischen den Erfordernissen einer wirksamen Anerkennung nichtiger und bloß rescissibler Dispositionen sehr richtig erkennt (a. a. O. S. 216 ff.), leitet diese Verschiedenheit aus dem Umstande her, daß gerade die querela inofficiosi testamenti ihre Grundlage in der durch die Enterbung zugefügten persönlichen Verletzung habe, und daß daher, wer auf irgend eine Art an den Tag gelegt habe, daß er sich durch den Inhalt des Testamentes nicht verletzt fühle, damit nicht gehört werden solle, wenn er nachträglich in Entrüstung gerathen zu sein vorgebe. Wie richtig diese Ansicht für die Querel sein mag — auf die Bähr sie übrigens auch zu beschränken scheint — so wenig paßt sie auf die bonor. poss. contra tabulas, ein Rechtsmittel, welchem die Quellen eine so rein persönliche Natur nicht beilegen. Es möchte daher der im Texte angegebene Grund jenes Unterschiedes, der auf beide Rechtsmittel gleichmäßig paßt, den Vorzug verdienen.

12) Vgl. Gengler a. a. O. II. § 257 S. 1498; Gerber a. a. O. § 260; Hartmann a. a. O. S. 67 f.

Anerkennung sich darstellende Willenserklärung sich dieser seiner Rechte zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Testamentes zu begeben, mit einem Worte: es muß eine ächte Anerkennung vorliegen [13]). Indessen möchte ich diesen Grundsatz nur als Regel hinstellen, namentlich für solche Fälle, wo der Erbvertrag zwischen extraneis abgeschlossen ist, oder wo er nicht als bloß lucratives Geschäft für den Eingesetzten sich darstellt, sondern mit (gegenwärtigen) Gegenleistungen an den Promittenten verbunden ist. Dagegen dürfte eine Abweichung von diesen Erfordernissen dann unbedenklich sein, wenn der anerkennende Vertragserbe zu dem Testator in einem so nahen verwandtschaftlichen Verhältnisse steht, daß er zur Beachtung der letztwilligen Anordnungen desselben moralisch verpflichtet ist. Hier würde die Anwendung der bei der Querel und bei der B. P. contra tabulas geltenden Regeln dem vernünftigen Ermessen des Richters anheimzustellen sein, wie ja selbst die Anerkennung nichtiger Dispositionen dann schon eher für bindend angesehen wird, wenn Pietät ihr Motiv war.

II. Wichtiger wird die festgestellte Qualität der einem Erbvertrage widerstreitenden letztwilligen Verfügungen als bloß rescissibler Dispositionen für die Frage, welchen Einfluß die bindende Anerkennung auf den Rechtsbestand derselben hat.

Solche Dispositionen werden also durch bindende Anerkennung seitens des einen oder der mehreren Vertragserben vollkommen rechtsbeständig. Sie werden daher nicht, wie ein nichtiges Testament, durch utiles actiones aufrecht erhalten, sondern dem eingesetzten Erben stehen die Erbschaftsklagen direct zu, und ebenso werden den Erbschaftsgläubigern, Legataren u. s. w. directe Klagen gegen ihn gewährt. Erstere können sich überhaupt nur (wie es sich von den Legataren von selbst versteht) an den Testaments-, nicht auch an den Vertragserben, halten.

Es bleibt noch die Frage, ob eine successio in das vom Vertragserben aufgegebene Recht, und ob ein Anwachsungsrecht zur Anwendung kommen kann.

Was den ersten Punkt betrifft, so kann natürlich an eine Weiterdelation der ex pacto deferirten Erbschaft an irgend eine dritte Person, wenn der Vertragserbe sie repudiirt oder sich dem entgegenstehenden Testamente unterwirft, nicht gedacht werden; es giebt hier nach der Natur der Sache

13) Eine Entscheidung des O. A. G. zu Cassel (Seuffert's A. Bd. 18 Nr. 96) verlangt die Erfordernisse eines Verzichtes („wenn jedoch die Vertragserbin auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet und in ihre Belastung eingewilligt habe, so erlange dadurch die letztwillige Verfügung des H. Giltigkeit"). — Hartmann a. a. O. S. 55 hält die Analogie der beim unterlassenen Abzuge der Quart geltenden Rechtsgrundsätze (s. oben § 4), wie es scheint, für anwendbar.

gar keine nachstehenden Erben. Von den eigenen Erben des Vertragserben kann aber nur dann die Rede sein, wenn die deferirte Erbschaft durch Antretung aus dem Erbvertrage Vermögensobject desselben geworden ist[14]), wenn also keine Unterwerfung unter das Testament stattgefunden hat.

Ist neben der Erbeinsetzung zugleich eine Substitution im Erbvertrage in der Weise enthalten, daß Erbe und Substitut als Acceptanten Contrahenten gewesen sind, so liegt die Sache allerdings anders. Denn durch Verzicht wie durch Anerkennung des Testamentes seitens des in erster Reihe Instituirten eröffnet sich die Erbfolge für den Substituten, der daher nunmehr auf Grund seines vertragsmäßigen Erbrechts das Testament zu rescindiren befugt wird. Ebenso kann, wenn mit dem Erbvertrage ein Vermächtnißvertrag verbunden war, der als Contrahent aufgetretene Vermächtnißnehmer durch die Anerkennung seitens des Vertragserben nicht gebunden sein. Anders verhält es sich meines Erachtens, wenn der Legatar nicht selbstständig contrahirt hat, das Legat mithin nur in einer Auflage an den Vertragserben besteht. Die Mehrzahl der Schriftsteller giebt diesem Anspruche zwar, und gewiß mit Recht, Klagbarkeit gegen den Vertragserben, wenn dieser ex pacto antritt[15]). Aber solche Legate sind, weil nicht selber durch einen Vertrag gedeckt, revocabel, wie jede andere letztwillige Verfügung[16]), und werden daher durch ein entgegenstehendes späteres Testament ohne Weiteres hinfällig, sobald die Succession aus diesem und nicht ex pacto erfolgt. Auch die analoge Anwendung des Edictes si quis omissa causa testamenti muß ich verneinen. Das dem Erbvertrage gegenüberstehende Testament ist ja an sich giltig und rumpirt jeden früheren

14) Daß Erbvertrag nur ein Delationsgrund ist, wird heutzutage kaum noch bestritten. S. von neueren Schriftstellern z. B. Beseler, Erbverträge II. S. 271 ff.; System II. § 159 S. 532; Walter a. a. O. § 430. I.; Gerber a. a. O. § 259; Bluntschli a. a. O. § 241 Nr. 5 S. 716; Gengler a. a. O. II: § 257 S. 1497. 1499; vgl. auch Hartmann a. a. O. S. 69 f. 79; desgl. Seuffert's Archiv Bd. 12 Nr. 171 (Stuttgart), Bd. 22 Nr. 247 (Jena); Braunschw. Praxis — s. z. B. Erk. des O. A. G. de 1822, i. S. Wallmann Erben c. Häseler Vormünder; des Landesgerichts zu Wolfenbüttel de 1823, i. S. Hampel Vormund c. Hampel u. Cons.; Erk. des Cass.-Hofes de 1859, i. S. Heine c. Heine (Braunschw. Zeitschr. f. Rechtspflege Bd. 7 S. 28). — Die Praxis des O. A. G. zu Celle hält dagegen eine Antretung aus dem Erbvertrage für nicht erforderlich: — s. Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 203; Bd. 22 Nr. 248; Entscheid. des Tribunals zu Celle Bd. 7 Nr. 72.

15) S. besonders Mittermaier a. a. O. XVIII; Gerber a. a. O. § 259, insbes. Anm 5; Walter a. a. O. § 430. III.; Seuffert's Archiv Bd. 23 Nr. 220 (und die dort citt. Erkk. und Schriftsteller); Hartmann a. a. O. S. 40 f.

16) Vgl. Hartmann a. a. O. S. 41. 54 Nr. 1.

letzten Willen, der nicht (oder insoweit er nicht) durch die Vertragsform gerade hiergegen gesichert wird. Auch die Billigkeit spricht nicht dafür, weil der letzte Wille, in dem solche Anordnungen nicht wiederholt, also widerrufen sind, vorgehen muß [17]). Ganz dasselbe muß von Universal-Fideicommissen und allen anderen Anordnungen, ja von Substitutionen gelten, für die der Bedachte sich nicht auf ein eigenes Vertragsrecht berufen kann. Denselben geht der testamentarische Wille vor, wenn er durch Anerkennung durch den Vertragserben unanfechtbar wird.

Was sodann das Anwachsungsrecht betrifft, so gehören zunächst die Fälle, wo Erbvertrag und Testament von einander nicht berührt werden, weil in beiden über verschiedene Vermögenstheile — etwa in gegenseitiger Ergänzung — verfügt ist, zwar nicht hierher. Es mag jedoch Folgendes bemerkt werden: Hier wird, wenn entweder der Vertragserbe oder der Testamentserbe vor dem Erwerbe, sei es durch Tod oder Repudiation, hinwegfällt, die Frage entstehen, ob der dadurch vacant werdende Theil des Nachlasses dem Testamentserben (und umgekehrt dem Vertragserben) zuwachse, oder, in beiden Fällen, den Intestaterben deferirt werde [18]). Daß beim Vacantwerden des durch Testament vererbten Theiles eine Accrescenz für den Vertragserben nicht eintreten kann, wird Jedermann zugeben [19]). Zweifelhafter ist der umgekehrte Fall; doch möchte hier die Anziehungskraft der testamentarischen Einsetzung die Accrescenz des durch den Wegfall der Succession aus dem Vertrage frei gewordenen Theils des Nachlasses umsomehr bewirken, als dies in der Regel dem wahren, in dem Testamente zuletzt ausgesprochenen Willen des Erblassers entsprechen wird [20]).

17) Anders verhält sich augenscheinlich die Sache, wenn der mit Legaten ꝛc. belastete Vertragserbe zugleich Intestaterbe ist und (ohne daß ein späterer letzter Wille vorliegt) die Erbfolge aus dem Vertrage repudiirt und ab intestato antritt. Hier wird den Legataren durch jenes Edict geholfen werden können. Auf diesen Fall bezieht sich, was Beseler, System Bd. 2 § 159 V. S. 532 sagt.

18) Diese Frage wird nur selten berührt. Vgl. Walter a. a. O. § 431 S. 492: „Sind neben dem Vertragserben testamentarische oder Intestaterben vorhanden, so bleibt der ausfallende Theil des Testamentserben dem Intestaterben, der des Intestaterben fällt an den folgenden Grad“ (also keine Accrescenz für den Vertragserben).

19) Dies — und zwar auch für den Fall des Vacantwerdens eines Intestaterbtheils — meinen wohl die Schriftsteller, welche dem Vertragserben ohne Unterschied den Anspruch auf das Accrescenzrecht absprechen. Vgl. Mittermaier a. a. O. § 454. XIX.; Bluntschli a. a. O. § 241 Nr. 4 S. 716; Beseler, System II. § 159 S. 532 f. (vgl. Erbverträge II. S. 280—286); Gerber a. a. O. § 259 S. 673.

20) Vgl. Wolff, D. P. R. § 107 S. 403: „Die vom Vertragserben nicht erworbenen Theile accresciren, wenn Testamentserben vorhanden sind, diesen, sonst den Intestaterben.“

Speciell in unsere Materie schlägt dagegen der Fall ein, wenn von mehreren Vertragserben sich nur einzelne einem dem Erbvertrage widerstreitenden Testamente unterwerfen. Wachsen die von den Sichunterwerfenden aufgegebenen Quoten den übrigen zu? Die Frage muß — wenn nicht etwa im Vertrage eine gegenseitige Substitution oder doch gerade die Substitution zu Gunsten der Nichtanerkennenden stattgefunden hat, oder die auf den eventuellen Eintritt einer Anwachsung gerichtete Absicht der Contrahenten sonst erkennbar, mithin lex contractus geworden ist — bestimmt verneint werden. Die Mehrzahl der Schriftsteller spricht sich ganz allgemein bei dem Wegfall eines der Vertragserben (Verzicht, Tod) in diesem Sinne aus (der vacante Theil fällt den Testamentserben event. den Intestaterben anheim)[21]). Nach dem von mir in früheren Abschnitten dieser Schrift Vorgetragenen wird dies umsomehr für den Fall der Anerkennung des Testamentes gelten, weil diese nicht einen Verzicht schlechthin, sondern eben zum Zweck der Aufrechterhaltung des Testamentes enthält, und die Möglichkeit einer Succession zum Theil aus einem Erbvertrage, zum Theil aus einem Testamente (oder ab intestato) ganz unbestritten ist. Die sich nicht unterwerfenden Vertragserben rescindiren daher das Testament, wie bei der querela inofficiosi testamenti, nur bezüglich ihres Erbtheils, im Uebrigen bleibt es bestehen.

§ 17.

Resultate.

I. Als richtig hat sich zunächst herausgestellt, daß der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen nicht bloß auf die Frage, welchen Einfluß auf deren Rechtsbestand die bindende Anerkennung haben kann, sondern auch auf die Frage von Bedeutung ist, welche Erfordernisse eine bindende Anerkennung hat[1]).

21) Vgl. Beseler a. a. O. (oben Anm. 19); Gerber a. a. O. § 259 Anm. 3; Gengler a. a. O. § 257 S. 1499 Not. 16. S. auch Entscheid. des Tribunals zu Celle VI. Nr. 81 (wo gesagt wird, daß der vacantwerdende Theil eines Vertragserben nicht den übrigen Vertragserben, sondern dem Testamentserben anwächst). — Anderer Meinung ist namentlich Dieck (Ersch u. Gruber Bd. 40 S. 423) hinsichtlich der conjunctim eingesetzten Vertragserben; ähnlich Walter a. a. O. § 431 III. S. 491. — Vgl. auch Hartmann a. a. O. S. 63 f.

1) Dies hervorgehoben zu haben, ist das Verdienst Francke's. Ihm folgen, wenigstens in diesem Punkte, die meisten Neueren: s. Emminghaus im Archiv f.

In letzterer Beziehung ergab eine Prüfung der Beweisstellen, daß bei nichtigen Verfügungen die Anerkennung regelmäßig nicht bindet, bei bloß anfechtbaren aber bindend ist; zugleich aber, daß diese Regeln nach beiden Seiten hin nicht streng durchgeführt sind. Es ist namentlich zu zeigen versucht, daß der Gesichtspunkt des Verzichts — den man gewöhnlich aufgestellt findet — auch für nichtige Dispositionen nicht der entscheidende ist, daß vielmehr nur dann die Anerkennung einer nichtigen Disposition für bindend erachtet wird, wenn die trotzdem vorgenommene Anfechtung des anerkannten letzten Willens als calumnia, Frivolität, erscheint; ein etwas flüssiger Begriff, der dem arbitrium des urtheilenden Richters einen weiten Raum läßt, unter den jedoch schon die Anfechtung eines ersichtlich aus Pietätsrücksichten erfüllten letzten Willens fällt, und der durch das Vorhandensein eines Irrthums, selbst eines Rechtsirrthums, in jedem Falle ausgeschlossen wird (§ 2—5).

Wird daher hinsichtlich nichtiger letztwilliger Dispositionen noch etwas mehr verlangt, als der im Bewußtsein des entgegenstehenden Rechtes ausgedrückte Wille, sich trotzdem der nichtigen Verfügung zu unterwerfen, so wird andrerseits bei bloß rescissiblen Testamenten, und zwar deshalb, weil hier die zur Anfechtung Berechtigten in den Hauptfällen immer die nächsten Angehörigen des Erblassers sind, weniger erfordert. Zwar entschieden nicht in der Weise, daß schon irgend welche Willenserklärung, welche nur den äußern Anschein einer Anerkennung einer letztwilligen Disposition an sich trägt, durch welche aber ein solcher Act gar nicht beabsichtigt wird, für bindend angesehen werden darf; wohl aber in der Weise, daß ein die Anerkennung veranlassender Irrthum zur Entschuldigung nicht gereicht, er müßte denn in der Unkenntniß der dem Anfechtungsrechte zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse bestehen (§ 11. 12; Ausnahme zu Gunsten der Patrone § 13).

Danach gestaltet sich denn auch die Beweisfrage verschieden, je nachdem man sich auf die Anerkennung eines nichtigen oder eines nur anfechtbaren letzten Willens beruft (S. 21 ff. u. 80).

d. civilist. Praxis Bd. 22 S. 274; Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10 S. 924 ff.; v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik I. Aufl. Bd. 2 Abth. 1 S. 658 ff.; II. Aufl. Bd. 2 S. 723 ff.; Sintenis, Civilrecht II. A. Bd. 3 § 180 S. 468 ff.; Bähr, Anerkennung I. Aufl. S. 195 ff.; II. Aufl. S. 213 ff. u. A. m.; vgl. auch Puchta, Vorles. Bd. 2 zu § 483. — Spuren dieser richtigern Ansicht finden sich (abgesehen von den älteren Exegeten, denen wegen l. 5 pr. D. de his quae ut indignis [34. 9] der Unterschied nicht wohl entgehen konnte) z. B. in Weber's Erläuter. d. Pand. nach Hellfeld Th. 2 S. 228 f. In den meisten älteren Lehrbüchern fehlt die Erörterung unserer Fragen so gut wie ganz.

Es ist zugleich zu zeigen gesucht, daß, was von der Nichtigkeit der Testamente gilt, im Wesentlichen auch da Anwendung findet, wo die Anerkennung andere letztwillige Dispositionen oder ungiltige Theile sonst giltiger Dispositionen betrifft (§ 3. 4) [2]).

II. Was die Wirkung der bindenden Anerkennung auf den Bestand der entweder nichtigen oder nur anfechtbaren letztwilligen Anordnung angeht, so ist es zwar richtig, daß streng genommen auch das anerkannte Testament, wenn es nichtig ist, nicht convalesciren kann. Für eine Aufrechterhaltung untergeschobener und gefälschter Dispositionen liegt denn allerdings auch nicht einmal ein Billigkeitsgrund vor (§ 8). Anders ist dies aber bei aus anderen Gründen nichtigen letzten Willen. Hier scheinen die Römer dadurch geholfen zu haben, daß sie die von dem zunächst Berechtigten anerkannte Disposition durch utiles actiones überhaupt, namentlich aber auch gegen Angriffe nachstehender Successionsberechtigter schützten (§ 7) [3]). Dagegen versteht es sich von selbst, daß ein auf solche Weise anerkanntes nur anfechtbares Testament ohne Weiteres zu voller Rechtsbeständigkeit erstarkt (§ 14).

Eine Ausnahme erleiden diese Regeln aber dann, wenn mehrere Personen neben einander zur Anfechtung der nichtigen oder rescissibeln Disposition befugt sind. Bei Nichtigkeit des anerkannten letzten Willens, sowie bei solchen nur anfechtbaren Testamenten, gegen welche nach altem Rechte die bonorum possessio contra tabulas zustand (jedoch nicht bei der B. P. contra tab. liberti — § 14 II. c.), verliert in Folge des hier

2) Der Verf. hat die Frage von der Anerkennung ungiltiger Bestimmungen in sonst giltigen Anordnungen ohne Unterschied unter der Rubrik der Anerkennung nichtiger letztwilliger Verfügungen besprochen. Die Quellen lassen es meist zweifelhaft, ob da, wo eine solche Bestimmung verboten oder sonst für ungiltig erklärt wird, an eine eigentliche Nichtigkeit oder an eine Rescissibilität zu denken ist. Als nicht nichtig, sondern bloß rescissibel werden außer den Testamenten, welche in Folge eines Verstoßes gegen das Notherben- und Pflichttheilsrecht anfechtbar sind, nur selten andere Anordnungen bezeichnet (s. z. B. Windscheid, Pand. III. § 563 [S. 94] vgl. mit § 548. 1 u. 2). Ob aber bei diesen die für jene geltenden Grundsätze über die Anerkennung anwendbar seien, möchte ich mit Rücksicht auf den Grund bezweifeln, aus welchem bei jenen Testamenten die Anerkennung und damit die Aufrechterhaltung derselben besonders begünstigt wird (s. oben S. 10).

3) Francke berührt in seinen gedruckten Schriften meines Wissens diese Frage nirgends speciell. In seinen zu Göttingen gehaltenen Vorlesungen über das Erbrecht (§ 86) spricht er sich aber dahin aus, daß, wenn die Anerkennung einen wissentlichen Verzicht auf die Anfechtung enthalte, das nichtige Testament auch gegen Dritte erhalten werde, ohne indessen über das Wie der Erhaltung etwas beizufügen.

unabweisbaren Anwachsungsrechts die Anerkennung, welche nicht von sämmtlichen zugleich gegen das Testament Berufenen vorgenommen wird, ihren Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit desselben (§ 9. I.; § 14. II. b.); während, wo ein Testament nur durch die querela inofficiosi anzufechten ist, auch bei der Anerkennung nur Einzelner von den Befugten eine wenigstens theilweise Erhaltung des Testamentes eintreten kann (§ 14. II. a.).

Etwas complicirter werden diese Verhältnisse, wenn dem nichtigen ein älteres giltiges Testament entgegensteht (§ 9. II.).

III. Im Großen und Ganzen werden dies die Grundsätze gewesen sein, welche bis auf Justinian befolgt worden sind — wobei indessen zugegeben werden muß, daß die Rechtsquellen über manche Punkte nur mangelhafte Auskunft geben. Von diesem ältern Rechte ist gemeinrechtlich auch heute noch anwendbar das rücksichtlich der Anerkennung nichtiger Dispositionen, sowie z. Th. (rücksichtlich der Erbfolge der Geschwister) das hinsichtlich der querela inofficiosi testamenti geltende Recht. Bei der von Justinian eingeführten actio suppletoria ist jeder Zweifel theils in Folge ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, theils durch die Natur dieses Rechtsmittels ausgeschlossen (§ 15. I.). Dagegen gehen die Meinungen hinsichtlich der durch die Novelle 115 eingeführten Vorschriften auch für unsre Frage weit auseinander. Ich habe zu zeigen versucht, daß ein nach denselben (rücksichtlich der Erbeinsetzungen) ungiltiges Testament immer auch ein älteres giltiges Testament rumpirt, und daß es daher nur auf die Anerkennung seitens der Intestaterben ankommen kann, hinsichtlich dieser aber die Grundsätze angewandt werden müssen, welche für die Anerkennung nichtiger letzter Willen (oder, wenn man will, nichtiger Theile sonst giltiger letzter Willen) im ältern Römischen Rechte enthalten sind (§ 15 II).

Es blieb die Erörterung der Erfordernisse und der Wirkung der Anerkennung späterer Verfügungen auf den Todesfall seitens eines oder mehrerer Vertragserben. Ich gelangte dahin, dieselben unter die Kategorie bloß rescissibler Anordnungen zu rubriciren, wonach die Wirkung der bindenden Anerkennung (insbesondere auch der Ausschluß des Accrescenzrechts) sich von selbst ergab. Was dagegen die Erfordernisse einer bindenden Anerkennung betrifft, so kam ich zu dem Schlusse, daß nicht unbedingt die für die gedachten Anordnungen im Römischen Rechte geltenden Regeln zur Anwendung zu bringen seien. Denn es ist bei der Anerkennung seitens der Vertragserben quaestio facti, ob der Grund zutrifft, welcher für bloß rescissible Testamente zu einer Begünstigung der Anerkennung im Interesse der Aufrechterhaltung derselben geführt hat; im andern Falle würde eine nach allen Seiten hin bewußte (oder, wie ich sie in der Einleitung bezeichnet habe, eine ä c h t e) Anerkennung erfordert werden müssen (§ 16).

IV. Darf nun noch ein Blick auf die gemeinrechtliche Praxis der Gerichtshöfe geworfen werden, so muß der Verf. das Bedauern aussprechen, daß ihm in dieser Beziehung die Gelegenheit gefehlt hat, gründliche Forschungen anzustellen. Seine Ausbeute war nur eine sehr geringe und verliert an Bedeutung, je seltener, namentlich in älteren Entscheidungen, ein Zurückgehen auf die Rechtsquellen sich findet, und daher die maßgebenden Grundsätze erkannt und angewandt sind. Von einer auch nur einigermaßen übereinstimmenden Praxis der höchsten Gerichtshöfe Deutschlands kann überhaupt nicht die Rede sein. — Die für unsre Frage so wesentliche Unterscheidung zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Dispositionen namentlich findet sich vor Francke nur selten berücksichtigt[4]). Auf die Francke'sche Anschauung sind zurückzuführen Entscheidungen des O. A. G. zu Wiesbaden (1837)[5]) und des O. A. G. zu Rostock (1848)[6]). Das sonst so reichhaltige Seuffert'sche Archiv giebt außerdem nur wenig einschlagende Rechtssprüche[7]); noch weniger die für die Sächsische Praxis bestimmten Sammlungen (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung; Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle). Unter allen mir bekannten Entscheidungen nimmt den ersten Rang ein das von mir vielfach allegirte Erkenntniß des O. A. G. zu Oldenburg aus dem Jahre 1856[8]), das in eingehendster Behandlung viele der wichtigsten Fragen in unserer Lehre bespricht. — Was endlich die dem Verf. eher zugängliche Praxis der höheren Braunschweigischen Gerichtshöfe betrifft, so leiden auch hier die älteren Entscheidungen, wo sie überhaupt eingehen, an dem gerügten Mangel[9]), während andere,

4) So in einem Jenaer Responsum bei Lyncker Resolutt. discept. forens. Cent. 5 Resol. 684. — Unbefriedigend z. B. Mevii Decis. VII, 9 (Wismar); de Berger Consil. iuris (1731) Consil. 317 p. 312 (Wittenberg); Pufendorf Obs. Vol. 2 Obs. 99 (Celle); Gutachten der Leipziger Facultät in dem in Elvers' Allg. jurist. Zeitung Bd. 1 (1828) S. 355. 361 besprochenen Falle; der Heidelberger Facultät in Martin's Rechtsgutachten und Entscheid. Bd. 1 S. 165 ff. (wo übrigens das Rechtliche wie Factische des Falles höchst interessant ist).

5) Flach, Entscheid. des O. A. G. zu Wiesbaden Th. 2 S. 154 ff., auch bei Seuffert Bd. 17 Nr. 71.

6) Seuffert's Archiv Bd. 17 Nr. 151.

7) Bd. 8 Nr. 224 (Lübeck 1836; enthält nur den Satz, daß nach geschehener Anerkennung die Anfechtung wegen Pflichttheilsverletzung cessirt); Bd. 19 Nr. 170 i. f. (Facultät Berlin 1853: „Der Intestaterbe, welcher die Erbschaft irrthümlich aus einem nichtigen Testamente angetreten hat, verliert dadurch nicht das Recht, später als Intestaterbe aufzutreten").

8) Oldenburger Archiv Bd. 7 S. 273—317.

9) Vgl. z. B. die bei Matthiae, Controv.-Lexikon, Erbrecht Bd. 1 S. 179, Bd. 2 S. 157. 165 abgedruckten Erkenntnisse des Landesgerichts und des Ober-Appellationsgerichts zu Wolfenbüttel aus den dreißiger Jahren, J. S. Germer

namentlich auch die wenigen neueren, überhaupt nicht eingehen, oder doch eine fortlaufende, auf die Bildung einer bestimmten Praxis hindeutende, Gleichmäßigkeit vermissen lassen [10]).

V. Das in dieser Abhandlung darzustellen versuchte Recht der Anerkennung ungiltiger letzter Willen zeigt eine nur zu reiche Mannigfaltigkeit je nach dem Grunde der Ungiltigkeit derselben; eine Mannigfaltigkeit, die zum großen Theile für das gemeine Recht auch heute noch fortbesteht, und die der Verf. sogar noch um eine neue Abweichung (bei der Anerkennung eines Testamentes durch den Vertragserben) vergrößern zu müssen geglaubt hat. Daß es nun wünschenswerth sei, diese Verschiedenheiten rücksichtlich der Erfordernisse einer wirksamen Anerkennung auch bei Gelegenheit einer neuen Civilgesetzgebung fortbestehen zu lassen, muß verneint werden [11]). Die im Römischen Rechte für die verschiedenartige Behandlung der einzelnen Fälle maßgebend gewesenen Gesichtspunkte wiegen, wenigstens nach den heutigen Anschauungen, nicht so schwer, daß nicht die Vortheile eines gleichmäßigen Principes für alle Fälle den Ausschlag geben sollten. Ich glaube, daß die Aufstellung der Voraussetzungen, welche ich für die von

c. Vasel, Häseler c. Poppe und Buntrock c. Ubeg (der Bd. 1 S. 179 abgedruckte Fall Germer c. Vasel betraf die Anerkennung eines Testamentes durch die Vertragserbin des Testators).

10) Beispielsweise finden sich — meist ohne nähere Motivirung — folgende Sätze: „Nichtige Testamente können durch Anerkennung, *vi transactus*, eine verbindende Kraft erhalten" (O. A. G. de 1818, J. S. v. Trott u. Consf. c. v. Brocke Erben). — Ungiltig hinterlassene Vermächtnisse werden durch eine bloß wörtliche Anerkennung des Onerirten klagbar, ohne daß diese Anerkennung einer Acceptation durch den Honorirten bedarf (Ober-Landesgericht de 1842, Hellmann Debitwesen betr.). — Bei nichtigen Verfügungen bedarf eine Anerkennung, um wirksam zu sein, der Vertragsform (ohne weitere Motivirung; Erk. des I. Senats des O. Gerichts de 1865, J. S. Bühring Cur. c. Bock: Braunschw. Zeitschr. f. Rechtspflege XII. S. 134). — In einem Falle, wo es sich um die Verbindlichkeit oder Nichtverbindlichkeit des vom Testator ausgesprochenen Erlasses der usufructuarischen Caution handelte, wurde die bewußte Unterwerfung unter diese Disposition für ausreichend angenommen (Erk. desselben [höchsten] Gerichtshofes de 1869, J. S. Bosse c. Giesecke: ibid. XVII. S. 60).

11) So wird im Preußischen Landrechte kein Unterschied hinsichtlich der Anerkennung einer letztwilligen Verordnung gemacht (I. 12 § 611 ff.). Die Anerkennung schadet an sich; doch muß, nach § 613, den Anerkennenden „rechtliches Gehör verstattet werden, wenn sie nachweisen können, daß die Gründe, aus welchen sie die Verordnung anfechten wollen, erst nach dem Anerkenntnisse zu ihrer Wissenschaft gelangt sind". Vgl. die Obertribunals-Erkenntnisse v. 3. Juni 1848, 4. Juli 1855 (Entscheid. d. Kgl. Obertribunals Bd. 16 S. 313; Bd. 31 S. 18) u. 7. Dec. 1855 (Striethorst's Archiv Jahrg. V. Bd. 2. 1856. S. 338)

mir in der Einleitung so genannte ächte Anerkennung gefordert habe, nach keiner Seite hin zu weit oder zu eng sein würde. Und was endlich die Folgen der bindenden Anerkennung betrifft, so würde auch hier, wenn man nicht etwa den Unterschied zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren letzten Willen aus anderen Gründen beibehalten will, eine Vereinigung sämmtlicher Fälle unter einen und denselben Rechtssatz schwerlich große Schwierigkeiten bieten.

Verbesserungen.

S. 16 Z. 6 v. unten l. victori statt victore.
S. 17 Z. 8 u. 11 v. unten l. J. statt i.
S. 29 Z. 20 v. oben l. Agnitionshandlung.
S. 30 Z. 5 v. oben l. Vorhandensein.

Quellen-Verzeichniß.

Druck von M. Bruhn in Braunschweig.

Dedekind, Adolf,

Die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen eine civilistische Abhandlung

Braunschweig 1872